UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DES LIBÉRALITÉS ENTRE CONCUBINS

Thèse pour le Doctorat

Présentée et soutenue le Mardi 10 Octobre, à 15 heures

PAR

André DECHEZELLES

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen
Avocat stagiaire à la Cour d'appel
Attaché au Parquet Général

JURY :

MM. TRASBOT, Professeur, Président;
FROMONT, Professeur;
LAGARDE, Professeur.

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE)
22, rue de Nemours, 22

1933

DES LIBÉRALITÉS ENTRE CONCUBINS

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

DES LIBÉRALITÉS ENTRE CONCUBINS

Thèse pour le Doctorat

Présentée et soutenue le Mardi 10 Octobre, à 15 heures

PAR

André DECHEZELLES

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen
Avocat stagiaire à la Cour d'appel
Attaché au Parquet Général

JURY :

MM. FROMONT, Professeur ;
TRASBOT, Professeur, Président ;
LAGARDE, Professeur.

RENNES
IMPRIMERIES RÉUNIES (SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE)
22, rue de Nemours, 22

1933

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

BIBLIOGRAPHIE

Droit Romain et Ancien Droit

ARGENTRÉ (D'). — *Commentaires sur la Coutume de Bretagne ; traité de Titulis*, chapitre V. Editions diverses au XVII[e] siècle.

AUGEARD. — *Arrests notables des differens tribunaux du Royaume*, nouv. édit., 2 vol., Paris, 1756.

AUTOMNE. — *La Conférence du droict françois avec le droict romain*, Paris, 1644.

BARDET. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, nouv. édit., Avignon, 1773.

BEAUMANOIR. — *Des dons outrageux*, chap. LXX.

BONIFACE. — *Arrests notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, 1670.

CATELLAN. — *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, nouv. édit. Toulouse, 1730.

CHABOT. — *Questions transitoires sur le code civil*, 1829, 3 vol. V. dons entre concubinaires.

CHOPPINI (René). — *De legibus Andium municipalibus*, 3 vol. 1611.

COCHIN. — *Œuvres*, Paris. 1790.

CUQ. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1928.

DENISART. — (V. concubinage). — *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris, 1777.

DEISPEISSES. — *Œuvres*, Lyon, 1750.

DOMAT. — *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2 vol. in-f°, Paris, 1705.

DUPINEAU (Gabriel). — *Coustumes du pays et duché d'Anjou conférées avec les coustumes voisines, avec le commentaire de M. Gabriel Dupineau, avec les notes de M. Ch. Dumoulin.* Nouv. édit., revue par Claude Pocquet de Livonnières, Paris, 1725.

DUPLESSIS. — *Traitez sur la coutume de Paris,* 3e édit. avec notes de Berroyer et de Laurière, Paris, 1699.

ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique,* tome 2, 1891.

FERRIÈRE. — *Dictionnaire de droit et de pratique, mot « concubinage »,* Toulouse, 1779.

FURGOLE (J.-B.). — *Traité des Testaments,* 1779.

GIDE (Paul). — *Condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine,* 1885 (2e édit. par Esmein).

GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain,* 1929.

GLASSON. — *Histoire du Droit et des institutions de la France,* tome 3, 1889.

GUYOT. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence au mot « concubinage »,* Paris, 1784-1785.

HISTOIRE *des pays et comté du Perche et duché d'Alençon* par Gilles Bry. — Ensemble, coustumes des pays, comté et bailliage du Grand Perche, avec les apostilles de Charles du Moulin et autres. Paris, 1620.

HOUARD. — *Dictionnaire analytique, historique, étymologique, critique et interprétatif de la coutume de Normandie.* Rouen, 1780.

ISAMBERT. — *Manuel des anciennes lois françaises,* t. XVI.

JACQUET. — *Abrégé du commentaire de la coustume de Touraine,* MDCCLXI.

LA LANDE (de). — *Coutumes du duché, bailliage et prévosté d'Orléans.* Orléans, 1673.

LAPEYRÈRE. — *Décisions sommaires du Palais.* Bordeaux, 1675.

LA ROCHEFLAVIN. — *Arrests notables du Parlement de Toulouse.* Toulouse, 1745.

LE BRET. — *Décisions de plusieurs questions notables traitées en l'audience du Parlement de Paris,* dans « Œuvres ».

LE MAISTRE. — *Les plaidoyez et harangues donnez au public par M. Jean Tissoli,* dern. édit., Paris. 1669.

LE PROUST (Pierre). — *Commentaire sur les coustumes du pays du Loudunois.* Saumur, MDCXII.

L'HOMMEAU (Pierre de). — *Maximes générales de Droit français.* Paris, 1665.

LOUET et BRODEAU. — *Recueil de plusieurs arrests notables du Parlement de Paris avec un grand nombre d'arrests et notables décisions* (Lettre D). Nouv. et dern. édit., Paris, 1712.

MARTIN (Olivier). — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire,* 1789-1804. Thèse Paris, 1901.

MAY. — *Eléments de Droit romain,* 1932.

MAYNARD. — *Notables et singulières questions de droit écrit, jugées au Parlement de Toulouse,* nouv. édit., Toulouse, 1781.

MERLIN. — *Questions de Droit (recueil alphabétique des — qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux),* 4e édit., de 1810 à 1830.

MINGON (Francisci). — *Commentaria in consuetudines ducatus andegavensis.* Paris, Petit, 1530.

MONTHOLON (de). — *Arrests de la Cour prononcez en robbes rouges depuis le Parlement commençant à la Saint-Martin* 1586 *jusques à la Noël* 1621. Paris, 1622.

PALLU (Estienne). — *Coustumes du duché et bailliage de Touraine.* Tours, Est. la Tour, MDCLXI.

PETIT. — *Traité élémentaire de Droit romain*, 1913.

PINAULT. — *Coustumes générales de la ville et du duché de Cambray* (sous l'art. VII du titre III). Douay, 1691.

PLASSARD (Jean). — *Le concubinat romain sous le Haut-Empire*. Thèse Toulouse, 1921.

POTHIER. — *Traité des donations entre vifs. Œuvres posthumes*, tit. VI, MDCCLXXVIII. Œuvres annotées par Bugnet, 2e édit., Paris, 1861-1862.

POULLAIN-DUPARC. — *Principes de Droit français suivant les maximes de Bretagne*. Rennes, François Vattar, MDCCLXIX.

REGNAULT (Henri). — *Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. — Les donations et l'Ordonnance de* 1731. Paris, 1929.

RICARD. — *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, 1754.

ROCHE-MAILLET (Gabriel-Michel de la). — *Les coustumes du pays et duché d'Anjou, conférées avec celles du Maine*. Paris, Alliot, 1523.

SAGNAC (Ph.). — *La Législation civile de la Révolution française*. Thèse Lettres, Paris, 1898.

SAINT-VAST (Olivier de). — *Commentaire sur les coustumes d'Anjou*, t. III.

SOEFVE. — *Nouveau recueil de plusieurs questions notables jugées par arrêts d'audience du Parlement de Paris depuis* 1640 *jusqu'à présent*. Paris, 1682.

TROTTIER. — *Principes des coustumes d'Anjou et du Maine*. Angers, MDCCLXXXIII.

Droit privé actuel

A) *OUVRAGES GENERAUX*

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 4e éd., 8 vol., 1869-1878, et 5e éd., 16 vol., 1897 à 1922 (par Bartin, pour les tomes 6 à 12).

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — *Traité de Droit civil. Donations et testaments*, 3e édit., 1905. Suppl. par Bonnecase, 5 vol. parus 1924-1930.

BONNET. — *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, 2e édit., 1875, t. III.

COIN-DELISLE. — *Commentaire du titre des donations et testaments*, 2e édit., 1855.

COLIN (A.) et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I et II, 7e édit., 1931-1932, t. III, 6e édit., 1930.

CUCHE. — *Précis de procédure civile et commerciale*, 1929.

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de code civil*, 9 vol., 2e édit., 1881-1895.

DELVINCOURT. — *Cours de Droit civil*, 3 vol., 1834.

DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, 1923-1925.

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., éditions nombreuses de 1845 à 1896.

DURANTON. — *Cours de Droit civil français*, 22 vol., 4e édit., 1844.

FENET. — *Recueil complet de travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., 1827-1828.

GRENIER. — *Traité des donations et des testaments*, 4e édit., 1826, augmentée par Bayle-Mouillard, 4 v., 1847.

GUILHON. — *Traité des donations entre vifs*, 1810.

HUC. — *Commentaire théorique et pratique du code civil*, 15 vol., 1892-1903.

JOSSERAND (Louis). — *Cours de droit positif français*, t. I et II, 2e édit., 1932; t. III: 1re édit., 1930.

LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*, Paris, 1857.

LAURENT. — *Principes du Droit civil positif français*, 33 vol., 3e édit., 1859-1898. Suppl. 8 vol., 1898-1903.

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Recueil des discussions et travaux préparatoires*, 31 vol., 1829-1832.

MARCADÉ (continué par Paul Pont). — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 12 vol., 7e édit., 1872-1884.

MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4e édit., 1812-1826, 17 vol. in-4°.

PLANIOL. — *Cours élémentaire de Droit civil*, t. III, 10e édit., par G. Ripert.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique*, et notamment :

Tome II. — *La Famille*, par A. Rouast, 1926.

Tome V. — *Donations et testaments*, par A. Trasbot, 1933.

Tome VI. — *Obligations*, par P. Esmein, 1930.

Tome VII. — *Obligations*, par P. Esmein, Jean Radouant et G. Gabolde, 1931.

POUJOL. — *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 1840, 2 vol.

SAINTESPÈS-LESCOT. — *Des donations entre vifs et des testaments*, 5 vol., 1855-1861.

SÉBIRE et CARTERET. — *Encyclopédie du Droit* (V. concubinage).

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 7e édit., 1925.

TOULLIER (continué par Duvergier). — *Le Droit civil français selon l'ordre du Code*, 6 vol., 6e édit., 1830-1848.

TROPLONG. — *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code*, 27 vol., 1835-1856.

VAZEILLE. — *Résumé et commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments*, 1847.

VILLARGUES (Rolland de). — *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 2e édit. V. concubinage, 9 vol., 1840-1845.

ZACCHARIÆ, MASSÉ et VERGÉ. — *Le Droit civil français*, 5 vol., 1854-1860.

B) *OUVRAGES SPECIAUX, NOTES ET ARTICLES*

APPERT. — *Note sous Cassation*, 21 mars 1898; S. 1898 1-513.

BARTIN. — *Des conditions impossibles et illicites*, 1887.

BEBEL (Auguste). — *La femme et le socialisme* (traduction française).

BÉQUIGNON (Charlotte). — *Note sous Paris*, 24 juillet 1928. S. 1929-2-97.

BUFNOIR. — *Propriété et contrats*, 37 à 39e leçons, 2e édit., 1924.

CAPITANT (H.). — *De la cause dans les obligations*, 1927, 3e édit.

COHENDY (G.). — *Article dans la Revue trimestrielle*, 1914, p. 33. « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public ».

COLIN (A.). — *Note sous cassation*, 2 janvier 1907. D 1907-1-137.

DELPECH. — *De la nullité des donations entre concubins*. Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, 1858, p. 272.

DEMOGUE. — *Article sur « la violence comme vice du consentement »*. Revue trimestrielle, 1914, p. 435.

DESIRY (Robert). — *Article dans la revue critique de Législation sur « les conséquences juridiques du concubinage en dehors de l'application de l'art. 340 du Code civil »*. 1932, pp. 488-508.

ERNST. — *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ?* Réimprimé à la suite de la thèse de Timbal, Paris, 1882.

GAULY. — *Essai d'une définition de la cause*. Revue critique, 1886, p. 44.

HÉMARD. — *Note sous Rennes*, 7 mars 1904, S. 1907-2-241.

JOSSERAND (Louis). — *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928. *Le concubinat moderne*. Dalloz hebdomadaire, 1932 ; chronique n° 13.

LABBÉ. — *Note sous Cassation*, 15 juillet 1878, S. 1879-1-393.

LABORDE. — *Application de la théorie de la cause aux matières du Droit*. Revue générale du Droit, 1881.

MÉRIGNHAC. — *Note sous Toulouse*, 25 juin 1900. Pandectes françaises, 1902-2-129.

MENGER (Anton). — *L'Etat socialiste* (traduction Edg. Milhaud).

MOREL (René). — *Article dans la Revue critique*, 1927, p. 257.

PERREAU (E.-H.). — *Article dans la Revue trimestrielle*, 1908. p. 503.

PIC (Paul). — *Note sous Cassation civile*, 11 avril 1927, D. 1929-1-25.

PLANIOL. — *Examen doctrinal*. Revue critique, 1888, p. 705. — *Note sous Rennes*, 7 mars 1904, D. P. 1905-2-305.

PONT. — *Revue critique*, 1851, p. 589.

RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1927, 2e édit.

ROUX (Paul). — *Article sur l'application des art. 1131 et 1133 du code civil aux donations entre concubins.* Revue critique, 1908, p. 111 et 237.

SALEILLES. — *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901 (nouveau tirage, 1929).

SARRUT. — *Note sous Cassation*, 21 mars 1898. D 1903-1-403.

SAVATIER. — *Le concubinage et la pratique juridique contemporaine* (Répertoire général du notariat, 1927-1-557). — *Note sous requêtes*, 8 juin 1926, D 1927-1-113.

SIMONET (H.). — *Le mariage et l'union libre*, 1929.

TARBOURIECH. — *De la cause dans les libéralités.* brochure, 31 pages, Paris, 1894.

TRASBOT (André). — *Article dans la Revue critique*, 1929, p. 449.

TURGEON (Ch.). — *Le féminisme français*, 1902, 2 vol.

WALH (Albert). — *Note sous Cassation civile*, 2 janvier 1907, S. 1911-1-585.

C) *THESES DE DOCTORAT*

AUBINEAU. — *Etude critique des conséquences juridiques de l'union libre.* Paris, 1921.

BARRAL. — *Condition juridique de la femme vivant en union libre.* Montpellier, 1928.

BENOIT-CATTIN. — *Effets juridiques de l'union libre.* Grenoble, 1922.

BIDON (Rémi). — *De la suggestion et de la captation*, Paris, 1924.

BOYER. — *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, Montpellier, 1928.

Cratunesco. — *L'union libre au point de vue juridique et social,* Paris, 1913.

Crutzesco. — *Des donations entre concubins,* Paris, 1912.

Denoix de Saint-Marc. — *Le concubinage, sa notion, ses effets,* Bordeaux, 1927.

Duruflé. — *Donations entre concubins*, Paris, 1909.

Hamel (J.). — *La notion de cause dans les libéralités,* Paris 1920.

Landre. — *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne,* Nancy, 1921.

Laurent (J.-Ch.). — *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques,* Caen, 1931.

Leroy. — *Le concubinage dans le Droit français,* Lille, 1909.

Libotte (Achille). — *L'état de concubinage,* Lille, 1921.

Peytel. — *L'union libre devant la loi,* Paris, 1904.

Savatier. — *Des effets et de la sanction du devoir moral,* Poitiers, 1916.

Séfériadés. — *Etude critique sur la théorie de la cause,* Paris, 1897.

Timbal (J.) — *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français,* Toulouse, 1882.

Timbal (Prosper). — *Des donations rémunératoires en droit romain et en droit français,* Toulouse, 1924.

Truchy. — *Les fondations,* Paris, 1888.

Villeneuve (de). — *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre,* Lyon, 1910.

INTRODUCTION

Section Première

Généralités

(§ 1) *APERÇU DU PROBLEME DE LA VALIDITE DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS*

On a maintes fois souligné la tendance qui pousse les amants de tous les temps et de tous les pays à sacrifier leur fortune à leur amour. Le fait est qu'il existe entre l'Amour et l'Argent des affinités curieuses et que, dans notre Société, on ne considère guère, d'un certain côté, les relations sexuelles, hors du mariage et parfois aussi dans le mariage, que sous l'angle de ce qu'elles peuvent rapporter (1).

Sans doute, est-ce bien sur le terrain des libéralités que se transposent et se résolvent, en somme, les largesses des amants et la vénalité de leurs maîtresses.

(1) Clément Marot disait déjà, au XVI[e] siècle, avec une pointe de gauloiserie, dans l'esprit du temps et probablement dans celui de tous les temps :

« Quand les petites vilotières
« Trouvent quelque hardi amant
« Qui veuille mettre un diamant
« Devant leurs yeux riants et verts
« Coac ! elles tombent à l'envers ».

Mais les circonstances scandaleuses de beaucoup de ces dispositions, particulièrement immorales, ont un peu fait perdre de vue l'ampleur et le sens véritable du problème de la validité des dons et legs entre concubins.

En réalité, deux catégories de libéralités entre amants bien distinctes coexistent. Les unes répondent, en effet, chez leur auteur, au dessein avoué ou non d'inciter la maîtresse à commencer ou à continuer les relations intimes : dans l'état de nos mœurs, elles émanent presque toujours de l'amant et, quelle que soit la raison invoquée, leur annulation semble s'imposer nécessairement. A l'inverse, les autres ne visent pas à rémunérer des complaisances coupables ; parfois même si l'union libre présente de la stabilité et de la dignité, elles interviendront à la façon des donations entre époux, seront mutuelles, peut-être, et émaneront, assez souvent, de la concubine. Il sera permis, sur le terrain du Droit Positif, d'admettre une différence de traitement.

*
* *

Une circonstance a peut-être contribué à faire perdre de vue cette distinction ; de tous les temps, les libéralités d'amant à maîtresse ont été, de beaucoup, les plus fréquentes (1). Dès lors, il n'y avait qu'un pas à

(1) Il serait aisé cependant de trouver dans les vieux répertoires et dans nos recueils de jurisprudence modernes des exemples de libéralités d'une maîtresse à son amant. Mais leur rareté relative, surtout dans l'Ancien Droit, explique la forme de certaines coutumes : « Donation d'héritage faite à la concubine ne vaut ». (Art. 7, titre III de la Coutume de Cambrai). A l'inverse, la Coutume du Grand-Perche, notamment, était ainsi conçue : Don de concubin à concubine et de concubine à concubin ne vaut (art. 100). Voir Section II.

faire pour y voir la rémunération de relations illicites et confondre toutes les concubines gratifiées dans la même méfiance et dans la même défaveur, pour tendre à annuler indistinctement toutes les dispositions à titre gratuit consenties à leur profit. En partant de cette observation, on pourrait, semble-t-il, expliquer partiellement, dans notre Ancien Droit, la création d'une incapacité aveugle et l'attitude hostile des Parlements (1).

Aujourd'hui, l'absence de texte, la répugnance marquée du législateur à s'ingérer dans le domaine des situations de fait et en particulier du concubinage, donneraient à penser que le sort de ces libéralités, quelles qu'elles soient, lui est indifférent. Pourtant, en dépit du silence du législateur de 1804, l'intérêt pratique de notre matière ne s'est jamais démenti. Si nos vieux auteurs rapportaient complaisamment les arrêts qui, dans notre Ancien Droit, venaient fréquemment annuler ces dispositions, actuellement l'accroissement du nombre des unions irrégulières qui a conduit les Tribunaux à leur reconnaître des effets variés et imprévus du législateur a eu tout naturellement sa répercussion sur le nombre et la variété des dons et legs entre concubins, et la matière tient, dans les Recueils de Jurisprudence, la place qui lui a été disputée dans le Code Civil.

Il est vrai que les libéralités émanant des concubines sont encore l'exception ; mais on se rend compte désormais que les donations consenties en leur faveur ne sont pas, à coup sûr, la contre-partie plus ou moins voilée de complaisances coupables ; aussi faut-il noter

(1) Nous verrons que les Parlements avaient, bien avant la fin de l'Ancien Droit, renoncé à leur sévérité primitive.

qu'en dehors de toute prohibition légale, les tribunaux modernes prennent soin de peser l'immoralité propre à chaque hypothèse.

*
* *

On peut, en définitive, affirmer que, de nos jours, le problème est abordé et résolu en jurisprudence, dans toute sa généralité. Il est aisé de prévoir dès maintenant qu'usant, dans le silence du Code, d'un large pouvoir d'appréciation, les juges, pris entre deux courants contraires, tendront, d'une part, à annuler toutes les dispositions entre vifs et testamentaires dont le but sera manifestement de rémunérer des rapports sexuels, passés, présents ou futurs ; à valider, d'autre part, toutes les libéralités entre concubins non immorales, et notamment celles que les amants se feront à la façon des époux.

(§ 2) *FONDEMENTS D'UNE SOLUTION*

Le silence même du législateur a doublé, en notre matière, l'intérêt pratique du problème d'un intérêt doctrinal, car, pour justifier l'intervention des juges, il est devenu pressant de déterminer les fondements d'une solution.

A) Fondement tiré de l'idée de protection du mariage et de la famille légitime.

Jadis, l'existence d'une incapacité dispensait les auteurs de recherches théoriques, les Tribunaux, d'une justification minutieuse de l'annulation qu'ils prononçaient. La raison profonde de la prohibition était pourtant facile à apercevoir : elle était religieuse et sociale

et tendait à la protection du mariage, sacrement et institution civile.

A la vérité, bien des auteurs modernes, soucieux de lutter avec une grande sévérité contre le concubinage, s'attachent encore à ce fondement (1).

*
* *

Cependant, l'union libre est de plus en plus pratiquée dans tous les milieux ; le mariage traverse une crise grave ; la désaffection qui le frappe découle à la fois de causes économiques, philosophiques et juridiques : de la centralisation industrielle, des progrès du féminisme, de la facilité du divorce et de l'excès de formalités administratives qui entourent l'union légitime.

Dès lors, la question qui se pose principalement est celle de savoir s'il est utile de supprimer tout caractère juridique à l'union de l'homme et de la femme; selon le parti qu'on prendra, la prohibition des libéralités entre concubins semblera opportune ou inopportune.

Si l'on estime que la consécration juridique de cette union est socialement utile, on sera amené à réagir contre elles.

L'hostilité revêtira deux formes.

---

(1) Ce fondement suppose d'ailleurs un certain degré de différenciation entre le mariage et l'union libre. Cette différenciation n'apparaissait pas nettement en Droit Romain où le mariage était aussi peu solide et aussi peu solennel que le concubinage. (V. Huvelin : Cours Elémentaire de droit romain, I, 276 et suiv.) ; elle ne s'est faite qu'assez tard dans notre Ancien Droit. « Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage, ce me semble », disait encore Loysel. Dans ce sens, l'article de M. Robert Desiry, dans la *Revue Critique de Législation*, 1932, p. 489.

On pourra, d'abord, en s'interdisant toute comparaison entre les donations que se font les amants et celles qui interviennent entre époux, frapper les premières de prohibitions et de nullités ; c'est le concubinage lui-même, situation répréhensible, qu'on frappera à travers elles.

Cette première conception se désintéresse entièrement du sort des donations entre époux. En fait, on songera surtout à soumettre les libéralités entre concubins à des conditions plus rigoureuses que les donations entre époux, à établir une espèce de parallélisme entre les unes et les autres, en prenant soin de maintenir les secondes sous un régime plus favorable, afin de susciter chez les amants qui entendent se gratifier, le désir de régulariser leur situation.

Or, s'il est vrai que l'espoir de s'avantager peut les convertir à l'idée du mariage, cela suppose de toute évidence que les donations entre époux ne sont pas interdites. Pendant longtemps, le problème n'a pu se poser sous cet angle. En Droit Romain, vers la fin de la République, la coutume vint prohiber ces libéralités, afin d'empêcher les dispositions consenties dans l'entraînement de la passion, *ne mutuato amore spoliarentur,* ou arrachés par la violence, sous la menace d'un divorce, *ne venalitia essent matrimonia* (1).

Le régime de la prohibition ne dura pas; un Sénatus-Consulte rendu sur la proposition d'Antonin Cara-

---

(1) 3 pr. *Dig, De donat. int. vir.* XXIV, I, Ulp., Paul. Cependant, certaines donations ne furent jamais prohibées ; les donations portant sur des fruits ou des intérêts (donations modiques) ; les donations faites au mari *honoris causa* ; les donations faites *exilii causa,* au conjoint exilé ; *divortii causa,* en prévision d'un divorce imminent ; *mortis causa,* etc..., etc...

calla (1) vint décider que la donation deviendrait valable si le donateur mourait, le mariage durant encore, sans avoir changé de volonté. Tandis que les pays de Droit Ecrit se ralliaient à la conception romaine, les pays coutumiers en revenaient à la prohibition, en l'amendant parfois, il est vrai, par le don mutuel. Notre Code Civil a consacré une solution beaucoup plus large ; aujourd'hui, les donations entre époux sont révocables ad nutum, comme en Droit Romain, mais elles sont permises et produisent des effets actuels et instantanés.

Dans cette mesure, la question se pose toujours de savoir s'il est opportun de décider que les concubins ne sauraient se gratifier à des conditions moins rigoureuses que les époux, et le fait que les donations entre mari et femme sont, elles-mêmes, soumises à un régime exorbitant du droit commun est, dans cette conception, un argument nouveau en faveur d'une sévérité plus grande encore dans l'appréciation des dons et legs entre concubins.

*
* *

Mais depuis un demi-siècle, le mariage est vigoureusement attaqué. Ses détracteurs, qui obéissent à une prévention contre le christianisme, soutiennent que l'amour libre doit se susbtituer au mariage-contrat, que l'union des sexes doit se dégager des liens juridiques qui l'embarrassent.

Un grand nombre de ceux qui voudraient le conserver à la base des rapports sexuels proposent d'y apporter de profondes modifications. On reproche au mariage son indissolubilité, la subordination de la

(1) 3 ; 32, Dig., h. t.

femme qu'il engendre et sa connexion étroite avec des rapports d'argent et c'est sa suppression, à tout le moins sa transfiguration, la réhabilitation de l'instinct, l'émancipation du cœur et des sens que les anarchistes et la majorité des auteurs socialistes préconisent (1).

Le mariage ferait de la femme une « captive », à qui le Code promet la protection en échange de l'obéissance ; le mariage serait, lui-même, issu du rapt, comme la propriété, de la rapine. Les questions d'argent, de position et de convenance en feraient un marché honteux, un maquignonnage déloyal.

Et pour remplacer ce mariage dont il est fait un tableau peu flatteur, institution périmée, mais pas encore démodée, c'est l'union libre qui est préconisée.

Malgré la dignité de certaines des unions qui sont proposées, c'est l'utilité sociale qui doit guider. L'union libre ne cadre pas avec les idées et les mœurs de notre époque et nous ne voudrions pas faire l'injure à des hommes tels qu'Elisée Reclus de confondre bien des concubinages avec les unions qu'ils présentent. Les concubins sont loin d'être tous des adeptes de l'anarchisme ou du socialisme et dans certaines unions qui frisent le libertinage, on retrouve les mêmes calculs intéressés, la même subordination de la femme qui sont reprochés au mariage. Qui osera prétendre, en effet, que la maîtresse entretenue est moins séduite par la fortune de son amant que l'époux le plus cupide ne l'a été par celle de son conjoint ? De plus, est-il aujourd'hui, une disposition du Code Civil moins respectée et plus tournée en dérision que l'article 213 qui impose « l'obéissance » à l'épouse ?

---

(1) V. Ch. Turgeon : le féminisme français, 1902, t. 2, p 173 s.

Il serait faux d'affirmer, d'ailleurs, que toute l'école socialiste, avec Karl Marx, Deville, Bebel (1) est convertie à la thèse de l'amour libre. Des esprits comme Anton Menger, dans son « État Socialiste » ont présenté des arguments très forts contre ces conceptions (2).

Ce qui est vrai, c'est qu'aujourd'hui encore le mariage monogamique est la règle dans la plupart des pays civilisés, et ce qui fait la force du mariage, c'est qu'il y a, en lui, autre chose que les relations sexuelles; l'assistance réciproque, le commerce intellectuel, la stabilité nécessaire à l'éducation des enfants ont bien leur part dans le prestige dont jouit encore l'institution et constituent la raison de la protection qui lui est dûe.

*
* *

Dès lors, il conviendrait d'observer une attitude hostile à l'égard du concubinage ; dans ce sens, au fondement qui se rattache à la protection du mariage et de la famille légitime correspond l'incapacité de recevoir qui, dans notre Ancien Droit, frappait les concubins.

Toutefois, la même rigueur ne se comprendrait plus, car la sécularisation du mariage a, du problème juri-

(1) Bebel, la femme, p. 687 s. : Mes rapports avec des personnes de l'autre sexe, comment je mange, bois ou dors, comment je m'habille, « ce sont là mes affaires personnelles ».

(2) Anton Menger, l'Etat socialiste, p. 187 s. ; cet auteur compare l'union libre à la concurrence, à la liberté des contrats, qui « sous couvert d'une liberté trompeuse assure la domination des riches et des puissants ». Socialistes et anarchistes réclameraient donc pour le commerce des sexes, le régime qu'ils combattent dans le domaine économique.

dique, écarté toute préoccupation d'ordre religieux (1). La question ne se pose plus que sur le terrain sociologique et il serait inconcevable, actuellement, de songer à lutter avec chance de succès contre les unions de fait que le christianisme ne put jamais empêcher, dont quelques-unes, au surplus, ne diffèrent du mariage que par l'absence de consécration légale. Des mesures extrêmes, dans l'état de nos mœurs, s'avèreraient intolérables.

Dans les limites ainsi déterminées, l'activité du juge trouvera encore à s'employer utilement ; si, d'une part, il veille à ce que les concubins ne puissent se gratifier à de moindres conditions que les époux légitimes ; si, d'autre part, il apprécie plus sévèrement le concubinage adultérin au point de vue de la validité des libéralités, c'est encore à l'idée de protection du mariage qu'il obéira.

Son unique préoccupation doit être, en somme, de veiller désormais à ce que l'absence de réglementation légale ne constitue pas, pour l'union libre, un avantage sur l'union légitime, dont l'intérêt social exige le maintien ; à ce que la situation de droit, dont le caractère est la stabilité ne soit pas sacrifiée à la situation de fait, essentiellement instable.

Ainsi entendu, le fondement qui tend à la protection du mariage n'implique plus l'annulation, en bloc, de toutes les libéralités entre concubins. Cette interprétation restrictive permet aux Tribunaux de ne plus confondre dans la même sévérité la multitude des situations de fait qu'on rangeait, jadis, indistinctement, sous le nom de concubinage.

---

(1) Planiol et Ripert : Traité Pratique, T. II, par A. Rouast, n. 71 s.

Par suite, même sous l'empire exclusif de ce fondement, il ne serait plus possible, croyons-nous, d'annuler les dispositions à titre gratuit que les amants se font à la façon des époux, si leur union libre présente, à la fois, cette stabilité et cette dignité qui manquent quelquefois au mariage ; si elle est, en fait, ce qu'est, en droit, le mariage.

B) Fondement tiré du caractère immoral des libéralités entre concubins

Ainsi, c'est dans les caractères particuliers de la situation de fait envisagée qui influent naturellement sur la nature propre de chaque libéralité qu'en définitive, les Tribunaux ont été amenés à rechercher la raison de l'annulation. A cet égard, malgré son évolution, le fondement qui tendait à la protection du mariage devait rapidement se révéler insuffisant.

*
* *

La jurisprudence du XIX[e] siècle, contrainte, devant le silence du législateur, d'examiner séparément chaque espèce, a dégagé un fondement purement moral qu'elle invoque habituellement, aujourd'hui, sous le truchement de la cause juridique.

Sans doute, les Tribunaux modernes qui ne voient plus, comme le Droit Canon, une situation illégale dans le concubinage, se gardent-ils de le considérer comme une situation forcément immorale.

Mais, cette remarque étant faite, il est bon d'ajouter que l'union libre est susceptible de devenir rapidement suspecte et qu'elle le devient surtout lorsque des libéralités interviennent entre les deux amants. Le don risque, dès lors, d'apparaître comme un paiement,

une récompense, la rémunération de complaisances coupables. Parfois, le marché apparaîtra brutalement; parfois aussi, il sera habilement camouflé sous la forme de la donation ou du testament.

Il est certain que cette influence des intérêts matériels sur les rapports sexuels ne se borne pas aux unions de fait ; mais il n'en reste pas moins vrai que l'intrusion des calculs d'argent, des associations d'intérêts, est plus fréquente dans le concubinage que dans le mariage, parce qu'il s'agit d'un pur fait, non d'un contrat et qu'il n'existe entre amant et maîtresse aucune obligation légale de vie commune ; c'est à la prolongation de cette vie commune, à l'achat de rapports à venir que les dons et legs tendront finalement.

D'ailleurs, il paraît bien que le fondement d'une prohibition des libéralités entre concubins tenant à leur nature rémunératoire ne saurait être attaqué par les auteurs qui ne voudraient voir dans l'union des sexes que « l'impulsion mutuelle des affinités instinctives », que « l'attirance réciproque ». Si le mariage est un marché qui ne va pas sans marchandage, « où chacun des conjoints compare ce qu'il vend à ce qu'il achète et ne consent à donner qu'à la condition de recevoir » (1), le même marché est-il susceptible de se moraliser dans l'union libre ?

Ce nouveau fondement semble donc présenter cet intérêt inestimable d'unir contre celles des libéralités entre concubins qui ne sont en réalité que des marchés plus ou moins voilés, adversaires et partisans de l'union libre. Mais on ne saurait concevoir, sous son empire, une incapacité aveugle de recevoir, résultant

---

(1) La Douleur Universelle, chap. VI, p. 318.

de la seule constatation d'un concubinage ; les libéralités que se font les amants doivent conserver leur pleine validité quand elles sont réellement dictées par l'affection, l'amour réciproque ou une idée de réparation.

(§ 3) *NOTION DE CONCUBINAGE EN MATIERE DE LIBERALITES*

Puisque les caractères particuliers de l'union de fait envisagée vont, dans bien des hypothèses, donner leur signification réelle aux dons et legs qui seront soumis aux juges, la notion de concubinage doit être, en Droit Moderne, précisée et définie.

Deux difficultés doivent être élucidées.

Il s'agit d'abord de déterminer, quand on pourra conclure à l'existence d'un concubinage véritable, à l'exclusion de simples relations sexuelles, à l'état isolé, passagères ou accidentelles, dont on ne saurait, en Droit, se préoccuper. La définition qui sera proposée délimitera, dans l'espace, le problème de la validité des libéralités entre concubins.

Dans le cadre de cette définition, il conviendra de s'attacher à rechercher, sous la diversité des situations hors mariage, les éléments d'une classification d'unions de fait, selon leurs traits distinctifs, susceptible de renseigner les juges sur le caractère immoral des dons et legs suspects qui leur seront soumis.

A) Définition du concubinage

Comme toutes les expressions qui recouvrent des situations de fait le terme de « concubinage » est amphibologique. Tandis, en effet, que les situations

juridiques, qui sont organisées, présentent une certaine fixité et une certaine uniformité, les situations de fait, en marge du Droit, varient et présentent, en elles, une diversité extrême.

La définition juridique de l'union libre doit se ressentir de cette imprécision (1). La recherche en est rendue difficile du fait que les civilistes du XIX[e] siècle n'ont pas essayé de préciser une notion que le législateur de 1804 avait entendu ignorer. A vrai dire, le projet de l'an VIII contenait, au titre des *Donations et des Testaments,* une disposition ainsi conçue : « Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont réciproquement incapables de se donner ». A ne s'attacher qu'au sens littéral de ce texte, il semble que le législateur ne visait le concubinage, eu égard à l'incapacité de recevoir, qu'autant qu'il présentait certains caractères de publicité, de durée, de vie maritale, le rapprochant étrangement de l'union libre (2) telle que la comprend la jurisprudence depuis quelques années.

Mais il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Projet du Code Civil sont des hommes d'Ancien Régime, répugnant à accepter des notions qui ne sont pas celles de Ferrière, de Domat ou de Pothier , au surplus, cet article ayant été supprimé au moment de la promulgation, c'est l'article 230, relatif à l'adultère du mari qui aura tenu sa concubine dans la maison conjugale, qu'il faut se référer. Or, il ne peut être question, en pareille hypothèse, de vie maritale, puisque le mari a déjà un foyer où, précisément, l'adultère

(1) Comp. l'article de M. Desiry dans la *Revue Critique de Législation,* 1932, p. 488.

(2) V. *infra.*

se trouve avoir été consommé. Dans le Code Civil, la concubine serait, au sens large du mot, la maîtresse.

A la vérité, nos vieux auteurs ne sont guère plus prolixes, et Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code Civil, se borne à constater que le concubinage est, parmi nous, fort différent du *concubinatus* romain (1). Il paraît douteux qu'on se soit référé à la notion admise par quelques Commentateurs de Coutumes pour qui les concubins « font présumez... être retournés (au péché) s'ils habitent et conversent ensemble... » (2). Une dernière difficulté naît enfin du fait que certains de ces auteurs excluent de la définition qu'ils donnent, le concubinage adultérin. Pour Guyot, en effet, « le concubinage est le nom que l'on donne au commerce charnel d'un homme et d'une femme libres, c'est-à-dire qui ne sont pas mariés » (3) et Ferrière ne s'explique pas autrement (4).

On aurait pourtant une notion incomplète du concubinage tel qu'il doit être pris en considération pour l'appréciation des libéralités entre amants si on se bornait à étudier les auteurs. Ferrière reconnaît lui-même que, dans une acception large, on appelle concubinage toute conjonction illicite ; c'est dans les arrêts cités par Brodeau, Furgole, Ricard et Merlin qu'on trouvera employé le terme « concubinage » avec ce sens large, seul capable d'englober et les unions de fait, d'où la vie maritale est absente, et le concubinage

---

(1) Pothier, Œuvres, t. 8, p. 358.

(2) Gab. Dupineau, Coustumes du pays et duché d'Anjou.

(3) Guyot, Répertoire au mot « Concubinage ».

(4) Ferrière : « Conjonction de deux personnes qui ne sont pas mariées ensemble ».

adultérin (1). C'est avec ce sens large que le concubinage doit s'entendre, en effet, en droit ancien tout comme en droit moderne.

Cette notion n'a pas sensiblement évolué en notre matière. La jurisprudence n'a pas modifié la terminologie qui était en usage devant les Parlements. On retrouve encore, dans nos arrêts récents, les vieilles expressions de rapports ,de conjonction, de commerce illicites. Cette terminologie présente un avantage : celui de rappeler que le concubinage, s'il doit être entendu de façon extensive, ne saurait néanmoins se confondre, dans la matière des libéralités entre amants, avec la simple fornication ou le *stuprum,* constitués par des relations passagères ou accidentelles. *Le concubinage, c'est pour nous, la simple communauté de lit (cum cubare), l'habitude de relations hors mariage, n'entraînant pas nécessairement communauté d'existence. Il ne se restreint pas, comme on le suppose trop souvent, à la vie commune d'un homme et d'une femme, en dehors des cadres du mariage légitime* (2).

*
* *

La situation définie — sinon la définition — a été laissée dans le vague à dessein.

---

(1) V. aussi les dispositions de certaines Coutumes qui prohibaient formellement les libéralités entre concubins, *infra.*

(2) Comp. l'article de M. Desiry, précité.

Pour M. Voirin (note sous Dijon, 7 février 1928, D. P., 1928.2.169), le concubinage n'est autre que « *l'anticipation charnelle* » sur la vie conjugale et s'oppose aux fiançailles, « *anticipation spirituelle* ».

Comp. encore : Planiol et Ripert, Traité pratique, tome II par A. Rouast, La famille et les auteurs cités comme adop-

On ne saurait tenter de la préciser sans empiéter *ipso facto*, sur cette catégorie particulière d'unions de fait, dégagée par notre jurisprudence, dans le but de leur reconnaître certains effets juridiques et auxquelles on a tendance, aujourd'hui, à réserver le vocable d'*Union libre*.

Les traits distinctifs de l'*Union libre* n'appartiennent nullement à notre définition dont les termes ont été pesés pour être, à la fois, nécessaires et suffisants à la différenciation du *stuprum* et du concubinage. Il n'est indispensable de les mettre en valeur que dans un essai de classification.

*
* *

B) Essai d'une classification des unions de fait.

Sous l'empire du fondement nouvellement dégagé par la jurisprudence, on ne peut songer, en effet, à frapper indistinctement toutes les unions extra-légales, à travers les libéralités des amants.

*
* *

Aux libéralités consenties par leur auteur dans le but d'inciter une femme à commencer ou à poursuivre des rapports sexuels, correspond presque exactement le concubinage simple, la simple communauté de lit.

---

tant une *définition étroite* du concubinage, p. 764 s., n. 903-906 et notamment p. 765, note 1.

En ce qui concerne l'état de concubinage au regard de la loi du 16 novembre 1912, la définition étroite est condamnée par la jurisprudence. La notion de *concubinage notoire* implique *toutefois*, avec la *continuité des relations*, un *certain genre de vie* de la part de la femme (manifestation d'attachement, correspondance suivie pendant les absences, *notoriété de l'union surtout*). V. ouvrage précité, n. 904. Le concubinage notoire au sens de la loi de 1912, semble bien être le *mariage apparent sans cohabitation réelle*.

C'est ainsi *que la vie en commun se réduira à l'habitude de relations intimes, en dehors de toute cohabitation réelle, dans les hypothèses de l'époux adultère resté fidèle à son foyer légitime, sinon à son conjoint, où l'amant riche entretient une maîtresse dans un appartement particulier.* Lorsque ces circonstances seront réalisées, il est certain que le juge n'éprouvera pas de grandes difficultés pour diagnostiquer, le plus souvent, une rémunération sous le voile de la libéralité. Sauf cas exceptionnel, il annulera l'opération, en vertu du fondement nouveau, comme étant réellement un marché immoral.

Mais toutes les unions de fait n'affectent pas ces caractéristiques. *Parfois la continuité des relations intimes se double d'une véritable cohabitation.* Il arrive même que les concubins aient la possession d'état d'époux légitimes. Ils se gratifient, alors, à la façon des époux et leurs libéralités récompensent moins les rapports sexuels que les soins et les services mutuellement rendus au cours de longues années de vie en commun.

Dans ces conditions, l'union libre apparaît comme juridiquement et moralement indifférente. *Ni le fondement basé sur la protection du mariage, ni celui qui se réclame de l'immoralité des situations de fait ne peuvent plus jouer, car il n'y a plus aucun motif de lutter, au nom de l'union légitime et des préceptes moraux, contre un fait qui imite si parfaitement le mariage.*

*
* *

La jurisprudence se rallie peu à peu à ces conceptions nouvelles. Les Tribunaux sont entrés, depuis quelques années, dans la voie de la reconnaissance de

certains effets favorables à l'union libre dont, pour cette raison, elle a cherché à préciser la notion.

A cet égard, leur tâche paraît aisée, si l'on songe qu'en perdant leur qualité de fait pur, ces situations vont se modeler sur la situation de droit correspondante. Ce qui est vrai pour la possession régulière que les glossateurs appelaient le « vêtement » ou le « manteau » de la propriété et Ihering, son « extériorisation », sans que l'idée en soit changée, ne l'est pas moins aujourd'hui pour le concubinage. La notion de *mariage apparent* s'en détache et vient prendre place à côté du mariage réel, comme la possession à côté de la propriété.

A ce mariage apparent, correspondent tous les effets favorables qui ont été reconnus aux unions irrégulières; dans ce sens, M. Josserand a pu parler de « concubinat moderne » (1).

Il ne s'agit pas, sans doute, d'un *inaequale conjugium* ; mais, pour lui reconnaître le maximum d'effets, on va exiger de lui les traits distinctifs de l'union conjugale. Les arrêts sont nombreux et récents, mais souvent concordants, ce qui facilite les recherches sur ce terrain encore peu exploré.

Le mariage apparent, ce sera le « faux ménage », au sein duquel les concubins mèneront une « vie maritale » (2), et la vie maritale consistera, de la part

---

(1) V. sur la notion de mariage apparent : L. Josserand, D. H. 1932, chronique n° 13 ; J.-Ch. Laurent : L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, thèse, Caen, 1931.

(2) Crim. 26 nov. 1926, D. P. 1927.1.73, note Lalou ; Com. sup. de Cass. 20 déc. 1928, D. H. 1929.70 ; Trib. Com. Seine, 12 fév. 1931, D. P. 1931.2.57, note Voirin.

des concubins, à se conduire, en fait, suivant les règles que la loi prescrit aux époux d'observer. Ainsi, le faux ménage doit être durable et ininterrompu ; la femme doit être une concubine attitrée et fidèle ; on va tenir compte, au surplus, de l'attitude des amants à l'égard de leurs enfants, de la dignité de leur vie, de la communauté d'existence et de toit, de leur assistance mutuelle, de l'affection qu'ils se portent, de l'opinion publique et des rapports avec la famille (1).

Quand l'union libre va présenter cette physionomie quasi-conjugale, elle va produire une pleine efficacité juridique, non seulement entre les concubins, quant à la validité des libéralités qu'ils ont pu se consentir et quant à l'obligation naturelle assumée par le concubin tendant à la réparation du dommage causé par la séduction ou à la recherche de la paternité naturelle (art. 349, 4°) ; mais encore entre les concubins et les enfants issus de leur union, au point de vue de la recherche de leur filiation ; entre eux et les tiers, surtout pour ce qui est du mandat tacite (2).

*
* *

Il reste à résoudre une difficulté.

La notion de mariage apparent est envahissante, dans notre Droit moderne. Doctrine et Jurisprudence ont tendance, aujourd'hui, à ne parler de concubinage

(1) Douai 23 mars 1931, S. 1931.2.213 ; Lyon, 23 oct. 1929, D. P. 1929.2.169, note Voirin ; Civ. 12 mai 1925, D. P. 1925.1. 124, 6e espèce ; Lyon, 31 mars 1930, D. P. 1930.2.64 ; Rennes 7 mars 1904, D. P. 1905.2.305 et 8 juillet 1931, D. H. 1931.503.

(2) En ce qui concerne la recherche de la paternité naturelle cependant, la notion de « concubinage notoire » n'implique pas la cohabitation. V. *supra*.

que lorsque les amants vivent maritalement. Ils donnent, de cette notion, une interprétation restrictive (1).

On pourrait songer à en déduire que les tribunaux manifestent ainsi leur désir de se désintéresser, à l'avenir, des libéralités entre concubins quand, du moins, la continuité des relations intimes ne se double pas d'une cohabitation véritable. *Cette continuité des relations intimes n'est-elle donc plus, selon la jurisprudence, le signe distinctif du concubinage ?*

Si telle était, en notre matière, la pensée profonde des juges, leur solution nouvelle serait loin d'être conforme au fondement qu'ils invoquent depuis un siècle, car elle les amènerait fatalement à omettre d'annuler les dons et les legs immoraux consentis au cours du concubinage simple.

En réalité, la multitude des cas dans lesquels les Tribunaux modernes exigent aujourd'hui une *apparence de mariage* fait illusion ; il a paru qu'ils entendaient ne plus se préoccuper désormais des relations sexuelles en dehors de toute cohabitation réelle; or, il n'est qu'à consulter les recueils de jurisprudence pour se rendre compte que les juges consacrent toujours par une différence de traitement les deux catégories d'unions de fait que nous avons déterminées (2).

Le législateur et les juges, dans une pensée de faveur pour certaines unions irrégulières et de protec-

---

(1) V. *supra*.

(2) V. H. Denoix de Saint-Marc : Le concubinage ; sa notion ; ses effets, thèse Bordeaux, 1927.

Dans la langue courante, on oppose la concubine à la maîtresse, car : « qui dit maîtresse, dit caprice, passion, amour du plaisir... la concubine... c'est la femme sans le titre, c'est le mariage sans la sanction des lois ». V. Dictionnaire Larousse au mot « concubinage ».

tion pour les tiers leur a, au cours de ces dernières années, reconnu de nombreux effets calqués sur ceux du mariage. On exigera seulement, pour accorder aux amants le bénéfice de ces avantages, l'existence entre eux du mariage apparent pour l'appréciation duquel on se montrera souvent même plus sévère qu'en ce qui concerne le mariage réel, car, dit M. Josserand, « la réalité juridique peut se suffire, mais la simple copie doit épouser exactement les contours de cette réalité *si elle veut bénéficier de son statut;* un mirage n'est efficient que s'il est véritablement trompeur » (1).

En définitive, la notion de mariage apparent est inséparable, dans l'esprit des juges d'une pensée de faveur ou de protection ; elle est incompatible, au contraire, avec une pensée d'hostilité, d'amoindrissement ou de déchéance, avec la résolution clairement manifestée par les juges modernes d'annuler comme par le passé les libéralités entre amants à caractère immoral. Le problème de leur validité *ne pourrait plus être abordé sous le signe de la sévérité* si la jurisprudence ne s'attachait plus, en notre matière, à une interprétation large de la notion de concubinage (2).

*
* *

Ainsi nous sommes-nous efforcés de préciser les fondements possibles d'une solution du problème des

---

(1) V. L. Josserand : Cours de Droit positif français, tome III, n. 1324.

(2) Aussi le résultat le plus clair des tendances actuelles de la Jurisprudence sera simplement de faire bénéficier du *statut avantageux* du mariage apparent certaines unions s'en rapprochant plus ou moins : v. *suprà* pour le *concubinage notoire* au sens de la loi de 1912. Les libéralités consenties au cours d'unions *réellement immorales* seront annulées comme par le passé.

libéralités entre concubins et, ensuite, de définir la notion de concubinage dans la matière qui nous intéresse.

Nous devons maintenant *poser notre étude dans le temps, c'est-à-dire marquer l'origine et rechercher les aspects successifs de cette solution.* Il s'agit, dès lors, de *tracer une évolution* très longue de ce délicat problème et des façons différentes grâce auxquelles on a prétendu le résoudre.

Section II

Historique des libéralités entre concubins

(§ 1) *DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS EN DROIT ROMAIN*

A) Utilité de cette étude en Droit Romain

On a longtemps refusé de voir autre chose dans le *concubinatus* qu'une union consacrée par la loi. C'est en partant de cette idée qu'on a pu contester l'intérêt de faire remonter notre étude au Droit Romain (1). Du XVI[e] siècle avec Cujas (2), à la fin du XIX[e] siècle, avec Pillette (3) et Accarias (4), en passant par Heineccius (5), on considère le *concubinatus* comme un « *semi-matrimonium* » (6), une sorte de mariage mor-

(1) V. notamment Duruflé, Donations entre concubins, thèse, Paris, 1909, p. 5 et suiv.

(2) Cujas : Commentaire du Code de Justinien, V, 26, Edit. de Paris, 1537, col. 557 à 558 : « *Concubina uxorem imitatur* ».

(3) Lettre à M. de Rozière sur le *concubinatus* (Rev. hist. du Droit, année 1865, pp. 209, 321 et 433.

(4) Précis de Droit Romain, 4[e] éd., 1886, I § 100, p. 247.

(5) *Elem. juris german.* (éd. de Genève, 1744, t. VI, p. 149 et 151.

(6) Dans notre Ancien Droit, on appelle parfois le concubinage, « *demi-mariage* », « *mariage de la main gauche* » dans un tout autre sens.

ganatique. Dès lors, ce n'est pas du concubinage, mais bien du mariage qu'il conviendrait de le rapprocher, et les auteurs qui admettent cette conception du *concubinatus-union juridique* n'y ont pas manqué ; ils ont fait observer que cette institution était l'objet du titre *De concubinis*, au *Digeste*, qu'on exigeait d'elle des conditions d'existence et qu'elle produisait certains effets calqués sur ceux du mariage

*
* *

En dépit de ces observations et de l'autorité des romanistes qui se sont attachés à la défendre, cette conception n'est plus guère suivie aujourd'hui. La question de savoir si le *concubinatus* est légal ou non a été soulevée, en 1885, dans l'ouvrage de Paul Gide, sur la « *Condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine* » (1) et résolue par lui de façon décisive. Le *concubinat romain serait, comme notre concubinage, une simple union de fait.*

Les auteurs modernes admettent, dans l'ensemble, deux points essentiels de la thèse de Paul Gide. Ils notent, comme lui, que l'institution d'une union légale, à côté des *justae nuptiae*, serait venue à l'encontre de l'esprit des lois caducaires, grâce auxquelles Auguste escomptait restaurer le mariage. Ils remarquent après lui que la confusion est née de cette circonstance, « que le *concubinatus*, bien qu'étant un fait extra-légal est cependant défini par la loi ; car il se trouve placé entre deux faits légaux, les *justae nuptiae* et le *stuprum*, et (que) la loi, qui a défini ces deux faits et en a tracé les limites, a par là même circonscrit le *concubinatus* qui se trouvait entre les deux » (2).

(1) Gide, ouvr. cité, 1885 (deuxième éd. par A. Esmein).
(2) Gide, ouvr. précité, p. 549.

Les lois *Julia de adulteriis* et *Papia Poppea* avaient pour but de protéger et de favoriser les *justae nuptiae* et de frapper le *stuprum*. Il est probable qu'Auguste ait hésité à traiter sévèrement le *concubinatus* s'il présentait de la stabilité. C'est seulement dans ce sens qu'il faudrait entendre ce fragment du *Digeste* : « Le *concubinatus* a reçu un nom détourné parce qu'il est en dehors des peines des lois (caducaires) » (1), et qu'on arrivait à lui donner un caractère légal, si toutefois le *concubinatus* romain a jamais été légal (2). Mais, à plus forte raison, est-il certain qu'antérieurement à la législation d'Auguste, il se présentait comme une simple union licite, un rapprochement de fait sans caractère juridique ; Aulu-Gelle, dans ses *Nuits Attiques*, rappelle encore, au II^e^ siècle, une vieille loi attribuée à Numa qui interdisait à la concubine d'accéder à l'autel de Junon, déesse de l'union légitime (3).

*
* *

(1) « *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est* ». L. 3 § 1, D. h. t., 25, 7.

(2) Cuq : Institutions juridiques des romains, p. 164 ; Girard : Manuel, p. 186 ; May : Droit Romain, p. 145 ; Petit, p. 91 s.

(3) *Nuits Attiques*, 4, 3 : « *Pellicem autem appellatam probrosamque habitam quae juncta consuetaque vel esset cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii causa foret, hac antiquissima lege ostenditur quam Numae regis fuisse accepimus* ». Cité par Plassard : Le concubinat romain sous le Haut-Empire, thèse Toulouse, 1921.

V. aussi Virgile, *Enéide*, 4, 59 et 166.

V. encore ce passage de Sabinus, conservé par Paul, L. 144, D. De verb. sign., L. 16 : « *Libro memorialium, Massurius scribit pellicem apud antiquos eam esse habitam, quae cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari.*

Sous le Principat, comme sous la République, le *concubinatus* reste d'ailleurs largement pratiqué ; il n'entraîne pas de défaveur dans l'opinion publique. « C'était, dit Esmein, un de ces faits inévitables que les sociétés antiques, à qui la pudeur raffinée était inconnue, admettaient sans les dissimuler » (1). Au surplus, la rigidité des mœurs, sous la République, rend superflue la défense de la famille légitime et du mariage ; la nécessité de cette défense ne va guère se préciser qu'avec Auguste, qui n'ose cependant pas toucher au *concubinatus* ; il apparaît seulement, dès ce moment, que le maintien de la situation antérieure, favorable aux concubins, n'est plus qu'une solution d'attente.

Nous allons étudier, simultanément, l'époque de la République et celle du Haut-Empire qui consacrent au profit des concubins la liberté de se donner. Nous étudierons ensuite la période du Bas-Empire qui, dans un esprit de lutte contre les unions de fait et de restauration de la famille, est venue apporter des restrictions à cette liberté et, dans des cas particuliers, créer à l'encontre des amants une véritable incapacité de recevoir.

B) Liberté de se gratifier laissée aux concubins sous la République et sous le Haut-Empire.

Pourtant, on ne peut pas dire qu'au cours de cette première période, les libéralités entre concubins aient été, dans tous les cas, reconnues valables indistinctement. Sans doute, juge-t-on encore inutile de frapper le *concubinatus*, du moins tant que l'union de fait n'est

(1) A. Esmein : Le mariage en Droit Canonique, 1891, tome 2, p. 106 s.

pas préjudiciable à la famille légitime. Mais dès que l'atteinte portée aux *justae nuptiae* et à la *familia* était directe, le Droit Romain se montrait sévère ; dans ce sens, il interdisait l'usage des donations entre ceux qui se rendaient coupables d'un *concubinatus* adultérin ou incestueux et poussait la rigueur jusqu'à déclarer incapables de prendre des aliments dans la succession de leur père les enfants qui en étaient issus (1).

A aucun moment, le Droit Romain ne devait se départir à cet égard de sa sévérité ; lorsque, au temps de l'Empereur Domitien, la licence va devenir telle que les hommes iront jusqu'à exhéréder leurs enfants pour enrichir les femmes complices de leur débauche, un Edit de cet Empereur viendra rappeler cette interdiction (2).

⁂

Hormis ce cas, la liberté qui est laissée aux amants, dans cet état du Droit, est aussi large que possible ; alors que les donations sont prohibées entre époux (3), les concubins peuvent réciproquement se léguer et se donner, sans qu'aucune condition de taux ou de révocabilité vienne mettre un frein à leur générosité (4).

---

(1) L. 6, Code *de incestis nuptiis* ; D., L. 13, *De his quae ut indignis auferuntur.*

(2) *Alexander ab Alexandro, Genial. dier.*, lib. 6, Cap. 15. « *Post aliquot vero aetates cum multi adulteri, praeteritis liberis intregrum assem mocchis testamento relinquerent Domitianus Caesar, salubri consilio, probrosis hereditates, legataque ademit neve lecticis vectarentur, inhibuit* ».

V. aussi Valère Maxime, lib. 7, cap. 7 de Vitilio Lenone et lib 8, cap. 2 de C. Vasselio.

(3) Ulpien, livre 32, *ad Sabinum*. D. 24.1.1.

(4) D. L. 31 *ff de donat.* et L. 3 § 1er *ff de donat intervirum et uxorem.*

« *Donationes in concubinam collatas, non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum ad irritum recidere, quod ante jure valuit* (L. 31 *in principio, ff* lib. 39, tit. 5).

Il en résulte que si un obstacle vient empêcher le mariage entre deux personnes vivant ensemble, la libéralité que l'une d'entre elles a pu faire à l'autre doit être déclarée valable. C'est ce que dit Ulpien « *...si aliquod impedimentum interveniat, ne sit omnino matrimonium, donatio valebit* » et ce qu'un rescrit impérial est venu confirmer dans le cas de l'affranchie du sénateur Pontius Paulinus, qui était aussi sa concubine et qui, en raison de son extraction, ne pouvait être épousée par lui (1).

Il semble que les legs et les fidéicommis aient été à cette époque, plus nombreux que les donations (2) ; cependant il était permis au donateur, comme au testateur, de se dépouiller entièrement ; aussi, à côté de legs modiques, legs de vêtements (3), d'objets destinés à l'usage particulier d'une femme (4), trouve-t-on dans les textes, des exemples de legs considérables qui donnent la mesure de la liberté dont jouissaient les concubins, tels que celui dont nous parle Scævola dans ses *Digesta*, par lequel le testateur disposait au profit de sa concubine d'un domaine, de son *vilicus*, de la *contubernalis* de ce dernier et de leurs enfants (5).

---

(1) V. Plassard, thèse précitée, p. 37.

(2) V. cependant Scævola, *Responsa*, liv. II, D. 24.1.58.

(3) Javolenus, D., 32, 29 pr. (fragment de son abrégé du livre III des *Posteriores* de Labéon) [Lenel, *Palingenesia*, I, 302] nous parle d'un testateur qui avait eu successivement deux concubines et qui a légué à la seconde des vêtements ayant appartenu à la première.

(4) Ulpien, D 32, 49, 4 (fragment de son XXII[e] livre *ad Sabinum*) [Lenel, *Palingenesia*, II, 1093]. Il s'agissait d'une litière et d'esclaves attachés à la personne.

(5) *Digesta*, D. 32, 41, 5 (fragment du livre XXII), Lenel, *Palingenesia*, II, 253.

Scævola parle, par ailleurs, d'un legs de 8 esclaves ruraux fait à une concubine (D., 34, 1, 15). La valeur des esclaves

Une seule difficulté aurait pu faire hésiter les Romains quant à la validité des libéralités entre amants, dans l'hypothèse où ces derniers s'avisaient de transformer leur *concubinatus* en *justae nuptiae*. Même dans ce cas, Papinien décide que la survenance du mariage ne révoque pas les dons et legs que les concubins ont pu se faire antérieurement et que pour apprécier leur validité, il convient de déterminer exactement la date du mariage (1).

Dans cet état du Droit Romain, il n'était pas fait exception à l'égard des prostituées qui pouvaient bénéficier des mêmes avantages que les simples concubines. C'est ce qui faisait dire à Ulpien : « *Affectionis gratia neque honestae, neque inhonestae donationes sunt prohibitae : honestae ergà bene merentes amicos vel necessario ; inhonestae circa meretrices* » (2) ; ce qui devait aussi chagriner nos vieux commentateurs qui admiraient si fort, par ailleurs, le Droit Romain et les auraient poussé, sans doute, à « accuser l'anti-

---

n'a baissé qu'à la fin de la République lorsque les guerres les firent affluer à Rome.

(1) Papinien, livre XII des *Responsa*, D. 39, 5, 31 pr et Lenel, *Palingenesia* : « *Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum ad irritum recidere quod ante jure valuit ; an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae conjunctione considerata perpendendum esse respondi : neque enim tabulas facere matrimonium* ».

V. encore Scævola (livre II, des *Responsa*, D. 24, I, 38) qui admet implicitement la validité d'une pareille donation en ne voyant qu'un arrangement dans le cas où une femme rend au mari une chose reçue en temps de *concubinatus* et en reçoit une autre en échange. Cité par Plassard, th. précitée.

(2) D., L. 5, *De donationibus inter virum et uxorem.*

quité qui favoriseroit plus le libertinage qu'elle n'honoreroit le mariage » si, dans leur mansuétude, ces auteurs n'avaient trouvé de bonnes raisons d'excuser les Romains (1).

C) Restrictions apportées, au Bas-Empire a la liberté de se donner reconnue aux concubins.

Une première limitation avait été apportée dès le début du IIe siècle à la faculté dont avaient joui jusqu'alors les concubins. Une Constitution de l'Empereur Adrien était venue interdire aux militaires de gratifier leurs concubines (2) ; il s'agissait d'empêcher les soldats de se détourner des préoccupations de leur métier et d'éviter que les deniers qui leur étaient distribués fussent divertis et gaspillés par eux. Mais cette prohibition qui ne touchait que les soldats, comme toute la législation relative aux *milites* d'ailleurs, répond à un but d'ordre politique et ne présente, pour une étude générale, qu'un intérêt restreint.

---

(1) V. notamment Pinault, Coutumes générales de la ville et du duché de Cambray (sous l'art. 7 du titre III).

Ulpien, Dig., liv. 3, *de donat, inter vir. et uxor...* « *prohiberunt, Majores nostri donationes inter virum et uxorem amorem honestum folis animis aestimantes ne concordia pretio conciliari videretur* ».

Ulpien a bien entrevu le caractère rémunératoire des libéralités entre concubins ; les libéralités entre époux sont prohibées parce qu'elles résultent de la tendresse. Les libéralités hors mariage *sont des libéralités à titre de récompense et peuvent se payer à prix d'argent.* Mais il ne tire aucune conséquence de ce caractère rémunératoire qui n'a rien qui puisse scandaliser les Romains.

(2) « *Mulier in quam turpis suspicio cadere potest, non ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Adrianus rescripsit* ». L. 2, C. *de donat. inter vir. et uxor.* Dans le même sens, L. 14, *ff de his. quae ut indign.* L. 4, § 1er, *ff de test. milit.*

Plus importantes à cet égard sont les incapacités dont les Empereurs vont frapper, au Bas-Empire, des catégories beaucoup plus larges de concubins dans le but de protéger la famille légitime et le mariage.

Valentinien et Gratien opérèrent d'abord une distinction entre les concubins gratifiants qui avaient des enfants légitimes et ceux qui n'en avaient pas. Dans le premier cas, ils décidèrent que la concubine et les enfants nés de l'union de fait ne pourraient recevoir plus d'un douzième des biens laissés par le disposant à sa mort; et, si aucun enfant n'était issu du concubinage, que la part de la concubine ne pourrait excéder un vingt-quatrième de ces biens. Dans le second cas, il fut admis que le concubin qui n'avait ni père ni mère pourrait laisser trois douzièmes de son patrimoine à sa maîtresse.

Ces prescriptions furent reproduites, plus tard, par Justinien dans sa *novelle* 89, *chapitre* 12 ; il se montra d'ailleurs moins sévère que ses prédécesseurs à l'égard de ceux qui n'avaient pas d'enfants légitimes et leur permit de donner la moitié de leurs biens à leurs concubines et aux enfants nés d'elles. Mais, ayant remarqué (*nov.* 89, *chap.* 12, § 1) qu'on éludait cette disposition par des fidéicommis tacites en donnant aux enfants naturels au-delà de la moitié des biens et ne voulant pas qu'ils soient traités moins favorablement que des étrangers, il finit par admettre que tout homme, sans enfant légitime, pourrait laisser la totalité de ses biens à ses enfants naturels ; dans le silence du texte, les vieux interprètes admettent qu'aux enfants naturels, Justinien avait entendu assimiler la concubine (1).

---

(1) Voët, sur le *Dig.*, titre de *donationibus inter virum et uxorem*. Cité par Merlin, dans son répertoire, v. *infra*.

Ainsi, le Droit Romain qui est parti d'un principe de liberté quasi-illimitée aboutit, au terme de son évolution, principalement sous l'influence des idées chrétiennes, à la création d'une véritable incapacité de recevoir venant, dans certains cas, frapper les concubines.

La création de cette incapacité partielle, au Bas-Empire, n'est qu'un épisode de la lutte engagée désormais contre le *concubinatus* lui-même. Cette mesure laisse présager son interdiction, en Orient du moins, par Léon le Philosophe, en 887.

(§ 2) *DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS DANS L'ANCIEN DROIT*

Si la lutte entreprise, à partir du Bas-Empire, contre le *concubinatus* devait aboutir, au IX^e^ siècle, en Orient à son interdiction, en Occident, au contraire, on commence par assister à une régression.

Les Barbares se sont établis dans l'Empire et y ont implanté des mœurs corrompues. « Les invasions, la vie des camps, l'acquisition d'immenses richesses et surtout le contact avec la civilisation romaine, dit M. Glasson, ont largement contribué à produire ou aggraver cette décadence des mœurs » (1). Le principe de la monogamie, proclamé par les Francs, n'est même pas respecté par eux. Outre leurs nombreuses femmes, Dagobert et Charlemagne s'enorgueillissent de ces « troupeaux de concubines » dont parlait déjà Salvien au V^e^ siècle.

(1) E. Glasson : Histoire du Droit et des Institutions de la France, 1889, t. III, p. 5.

Dans cet état des mœurs et du droit, favorables aux unions hors mariage, il est probable que les concubins pouvaient librement se gratifier.

Sans doute, l'Eglise maintient-elle, au nom de l'Evangile, le principe de l'interdiction des relations charnelles en dehors de l'union légitime. Mais elle doit, en fait, compter avec l'esprit du temps et combattre son influence dans son propre sein. Elle ne peut songer encore à établir des sanctions. C'est pourtant à la disparition du *concubinat* que pendant de longs siècles elle va travailler.

Jusqu'au IX^e^ siècle, les conciles le tolèrent ; le concile de Tolède (400) et celui de Bâle (528) reconnaissent qu'il est régulier et tendent à le rapprocher du mariage, en assimilant les conditions et les effets de la contrefaçon à ceux du modèle.

Il ne faut d'ailleurs pas se méprendre sur ce premier aspect de l'action entreprise par l'Eglise. Le *concubinat* n'apparaît plus comme une institution juridique ; le sens exact du Droit Romain, la civilisation et les mœurs romaines ont disparu ; il n'est plus besoin de condamner le *concubinat,* simple fait, par une sentence particulière ; il tombe sous le coup de la condamnation générale que l'Eglise prononce contre la *fornication* (1).

Au XII^e^ siècle, le Décret de Gratien le reconnaît toujours (2) ; on étudie à nouveau les institutions du Droit Romain, et cependant on en arrive à apprécier plus sévèrement le *concubinat* — fait durable — que la *simplex fornicatio* — fait isolé. Trois siècles plus tard, le concile de Bâle frappe de peines rigoureuses

(1) Glasson, ouvr. précité, t. III, pp. 112-113.

(2) *Canon Is qui* (1^re^ partie du Décret de Gratien, dist. 34, ch. 4).

le *concubinat des clercs* et la *Pragmatique Sanction* de Bourges (tit. XIX, *De concubinariis*) vient encore accroître cette rigueur; au XVI[e] siècle enfin, le Concile de Trente en arrive à condamner le *concubinat des laïcs*. La doctrine de l'Eglise est maintenant bien fixée. Elle proclame le principe de l'interdiction absolue du *concubinatus* au moment même où partout on commence à rédiger les anciens Coutumiers. Du Concile de Trente, le mariage et la famille légitime sortent renforcés ; or, les libéralités entre concubins ont pour objet de faire sortir les biens des familles, au préjudice des héritiers légitimes ; au concubinage lui-même, elles empruntent, d'autre part, l'immoralité que la religion attache aux situations irrégulières.

Nous verrons *comment* cette sévérité s'est traduite, dans le droit des libéralités, par un principe d'incapacité, avant de procéder à l'analyse de ses applications.

A) Principe de la prohibition des libéralités entre concubins dans l'ancien droit

a) *Origines du principe*

On n'avait probablement pas attendu la Pragmatique Sanction de Bourges et le Concile de Trente pour essayer de réprimer les dons entre concubins. Avant de frapper de peines le *concubinat*, on avait dû songer à annuler les libéralités que les amants avaient été amenés à se consentir. C'est ce qui semble résulter d'un texte de Beaumanoir où l'auteur explique que les « dons contre bones mœurs » ne sont pas à tenir (1).

---

(1) Beaumanoir. Des dons outrageux, n° 2, chap. LXX. V. Duruflé, th. précitée, p. 8.

Quoiqu'il en soit, l'influence des canons de l'Eglise ne tarda pas à être ressentie par les auteurs coutumiers. Entre autres, Gabriel Dupineau, après avoir rappelé les *novelles* 18 et 79 de Justinien qui, en 536 et 539, avaient défendu « qu'on eût deux concubines ensemble », l'interdiction de Léon le Philosophe qui « les ôta entièrement vers l'an 886 » cite la Pragmatique Sanction (*tit. de concubinis, § ult. ès années* 1436 et 1437), « vers lequel temps fut compilé si je ne me trompe, l'ancien Coutumier d'Anjou et du Maine, duquel j'ai parlé dans mon avant-propos au mot Coutumes, dans lequel est cet article, *don faict en concubinage, ne depuis, qui y retourne, ne vaut* » (1).

On pourrait certainement trouver dans les vieux auteurs, d'autres mentions d'une véritable filiation entre les textes canoniques et les coutumiers. Longtemps, les commentateurs des Coutumes vont se faire écho et noter que la règle reçue dans le Royaume est tirée de « la loy Divine et Constitutions canonicques, qui tient que omnis coitus est prohibitus » (2).

*
* *

L'interdiction des libéralités entre concubins ainsi posée en principe dès le XV[e] siècle, va passer dans un certain nombre de Coutumes, et tout d'abord dans ce groupe des Coutumes de l'Ouest : Anjou, Maine, Touraine qui, avec celle de Bretagne, présentent entre elles de si grandes analogies. Les Coutumes d'Anjou

(1) Coustumes du pays et duché d'Anjou, conférées avec les coustumes voisines avec le Commentaire de M. Gabriel Dupineau, avec les notes de M. Ch. Dumoulin ; n. éd. revue par Claude Pocquet de Livonnière, Paris, 1725.

(2) V. Commentaires sur les Coutumes du Pays du Loudunois, par Pierre Le Proust, Saumur, M. DCXII.

et du Maine ont naturellement repris la disposition du vieux coutumier cité par Gab. Dupineau (1). L'article 342 de la Coutume d'Anjou, identique à l'article 354 de la Coutume du Maine porte, en effet, que « *Donnation faite de concubin à concubine, et de concubine à concubin ne vaut : car ils ne peuvent rien donner l'un à l'autre durant le temps de leur concubinage, ne après s'ils retournoient à icelui péché* » (2).

Par ailleurs, sous l'empire de la Coutume de Touraine, on tient que « *Don faict en concubinage ne vault, tant entre nobles que roturiers* » (art. 246) et la Coutume du Loudunois contient un article conçu dans des termes analogues (3). Dans ce groupe, seule la

---

(1) Les provinces d'Anjou et du Maine ont été pendant longtemps régies par les mêmes coutumes à l'époque où le duc d'Anjou était aussi comte du Maine. Elles ont été rédigées séparément lors de la Réformation de 1508, après la réunion de ces deux provinces à la couronne, mais beaucoup de leurs dispositions sont restées identiques. Sur cette question, V. Principes des Coustumes d'Anjou et du Maine avec le texte de ces deux coutumes, par Trottier (Mame, Angers, MDCC. LXXXIII).

(2) V. les ouvrages de Gab. Dupineau et Trottier, précités. V. encore Gab. Michel de la Roche-Maillet : Les coustumes du pays et duché d'Anjou conférées avec celles du Maine, Paris, Alliot 1533.

Baltasard-Durson : Coutume du duché d'Anjou, Châteaugontier 1733.

Francisci Mingon : Commentaria in consuetudines ducatus andegavensis, Paris, Petit, 1530.

René Choppini : De legibus Andium municipalibus, 1611, 3 vol.

(3) Coustumes du duché et bailliage de Touraine avec les annotations de Maistre Estienne Pallu, Tours, Est, la Tour, MDCLXI.

Abrégé du Commentaire de la Coutume de Touraine, par

Coutume de Bretagne ne renferme pas de disposition expresse ; il est pourtant admis que la question est réglée implicitement et qu'en Bretagne, comme dans les provinces voisines, les libéralités entre concubins « *ont une cause publique de prohibition* » (1).

Le principe de l'interdiction n'était pas ouvertement établi que dans ces coutumes de l'Ouest que nous avons réunies à cause de leur parenté. Des dispositions que nous avons citées, il convient de rapprocher l'art. 100 de la Coutume du Grand-Perche (2), l'art. 7 du titre III de la Coutume de Cambrai (3) et peut-être les articles 410 et 437 de la Coutume de Normandie qui proscrivaient les libéralités entre époux et en faveur des enfants naturels et qu'on pouvait considérer comme atteignant à plus forte raison les libéralités entre amants.

Jacquet, MDCCLXI (porte par erreur qu'il s'agit de l'art. 266).

Commentaires sur les Coustumes du Pays de Loudunois, par Pierre Le Proust (art. X du chapitre XXV) ; ouvr. précité.

(1) Bertrand d'Argentré : Commentaires sur la coutume de Bretagne (sous l'art. 266. — Traité de Titulis, chap. 5, n° 3).

(2) Histoire des pays et comté du Perche et duché d'Alençon par Gilles Bry ; ensemble, coustumes des pays, comté et bailliage du Grand-Perche avec les apostilles de Charles du Moulin et autres, Paris 1620..

Art. 100 : *Don de concubinaire à concubine, et de concubine à concubinaire frequentans et conversans ordinairement ensemble, ne vaut.*

(3) Coutumes générales de la ville et du duché de Cambray par Mre M. Pinault, Sr des Jaunaux, Douay, Mairesse, 1691, *Art.* 7, *titre* III : *Donation d'héritage faite à la concubine, vel é contra, durant le temps qu'ils font demeurants ou conversants ensemble, ne vaut.*

Il n'en reste pas moins que, dans l'état des Coutumes officiellement rédigées, le principe n'était encore posé que de façon fragmentaire. Un édit de Charles-Quint et surtout une ordonnance de 1629 tendaient, il est vrai, à donner plus d'ampleur à la législation.

*
* *

L'article 12 de l'Edit du 4 octobre 1540 vint régir les Provinces belgiques et certaines régions du Nord de la France actuelle. Ce texte déclarait « nuls et de nulle valeur *les dons d'immeubles des concubins, mineurs de vingt-cinq ans* » (1).

Plus intéressante à cet égard, l'Ordonnance de janvier 1629, rédigée par le chancelier Michel de Marillac, ne distinguait ni quant aux biens ni quant aux personnes et tendait à étendre à toute la France le principe de prohibition. L'article 132 de cette ordonnance réputait « toutes donations faites à concubines *nulles et de nul effet* » (2). Mais le « Code Michaud » n'eut jamais qu'une application restreinte. Seuls les Parlements de Toulouse, de Bordeaux, de Grenoble et de Pau enregistrèrent l'article 132 sans le modifier. A Aix et à Rennes, il ne fut pas procédé à l'enregistrement qui donna lieu, à Paris, à un lit de justice tenu le

---

(1) Cité par Merlin, Questions de Droit, M. DCCCXIX, 3e éd., Paris, au mot « concubinage ».

L'Edit de Charles-Quint du 4 octobre 1540 tient une place légitime en Droit Français, en ce sens qu'il s'appliquait non seulement à la Belgique, réunie à la France par la loi du 9 Vendémiaire an IV, mais encore au département actuel du Nord et à une partie de celui du Pas-de-Calais.

(2) Cité par Merlin ouvr. cité, au mot « concubinage ».

Isambert : Recueil des anciennes lois françaises, tome XVI, p. 342.

15 janvier 1629. La disgrâce du chancelier de Marillac, intervenue peu après, acheva de jeter le discrédit sur la grande ordonnance.

On aurait pu penser qu'un siècle plus tard, l'Ordonnance du chancelier Daguesseau viendrait appliquer enfin, à la France entière, un principe que les efforts du chancelier de Marillac n'avaient pu faire admettre par tous les Parlements. D'ailleurs, l'Ordonnance sur les donations de février 1731 était, dans son essence, destinée à mettre fin aux contrariétés de la jurisprudence (1).

Mais on se méprendrait sur le sens de l'œuvre de Daguesseau « si l'on acceptait, comme le dit M. H. Regnault, que, d'une part, ont été résolues les questions sur lesquelles les Tribunaux se divisaient et que, d'autre part, relativement aux questions exclues, il existait une jurisprudence uniforme (2) ».

De fait, l'Ordonnance de 1731 n'a pas touché aux incapacités de donner et de recevoir. La raison en est que Daguesseau espérait régler cette matière par une ordonnance spéciale qui n'a jamais vu le jour (3).

Ainsi, malgré l'Edit de Charles-Quint et la tentative de Marillac, en l'absence de toute disposition relative à notre matière dans l'Ordonnance de 1731, le principe de l'incapacité est loin d'être posé de façon générale en législation. De très nombreuses coutumes l'ignorent encore. Son existence est pourtant admise un peu partout dans notre Ancien Droit. Il nous reste à en préciser le fondement dans son plein développement,

---

(1) V. sur cette matière, l'ouvrage de M. Henri Regnault : Les Ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau. — Les donations et l'Ordonnance de 1731, Paris, 1929, p. 77 s.

(2) Regnault, ouvr. précité, p. 90.

(3) Regnault, ouvr. précité, p. 99.

avant de déterminer la portée des dispositions des Coutumes et de la Jurisprudence.

b) *Fondement du principe*

Nous avons indiqué que l'origine du principe devait se trouver dans les canons du XV^e^ et du XVI^e^ siècles. Les auteurs ne manquent pas d'insister sur le caractère religieux de cette origine, et, jusqu'à la fin de l'évolution de notre Ancien Droit, un grand nombre d'entre eux vont se transmettre et placer en exergue de leurs travaux sur la matière, des fragments de Saint-Paul ou Saint-Augustin (1).

La première des « *raisons de l'usage* », c'est que le concubinage est contraire à la pureté des mœurs, que si les ordonnances, tenant compte de la faiblesse humaine, ont renoncé à établir des peines contre ceux qui vivent ensemble, quand, du moins, le « *péché... ne fait tort à personne* » il semble naturel, par contre, de réprouver et de déclarer nulles les donations entre concubins qui font sortir les biens des familles (2).

Il s'agit, avant tout, dans la pensée des canonistes et de nos anciens auteurs, de défendre le *sacrement du*

---

(1) « *Haec est voluntas domini ut abstineatis a fornicatione* » (Saint-Paul, I^re^ aux Thessaloniciens, chap. I).

« *Audite carissimi competentibus, dico fornicare vobis non licet vobis habere concubinas* » (Saint-Augustin, distinct. 24). V. notamment : Abrégé de la Coutume de Touraine, Jacquet, MDCCLXI.

Ricard : Traité des donations entre vifs et testamentaires, 1754, n° 410.

J.-B. Furgole : Traité des Testaments, 1779, I, chap. VI, section 2, n° 86.

(2) V. Jacquet, ouvrage précité.

mariage. Mais défendre le sacrement, c'est également défendre l'institution civile qui en forme la matière (1). La question se posant à la fois sur le terrain religieux et sur le terrain sociologique, les auteurs vont logiquement tendre, vers la fin de l'évolution de notre Ancien Droit, à s'attacher de façon plus précise à l'idée de défense du mariage et de la famille légitime.

---

(1) Selon la méthode habituelle de notre Ancien Droit, on n'a pas manqué d'invoquer l'autorité du Droit Romain dans notre matière, même lorsqu'il consacrait un principe différent. Les vieux commentateurs, sans s'affranchir toutefois de l'idée religieuse, décidaient que les libéralités entre concubins devaient être annulées, car tous les chrétiens pouvaient être assimilés aux militaires comme faisant partie de la milice céleste.

L'autorité du Droit Romain a encore été invoquée, mais de façon plus sérieuse, en ce qui concerne le concubinage adultérin. « Nous n'avons pas fait de difficulté dans notre usage, d'embrasser la rigueur des Loix Romaines pour ce dernier point, et de condamner tous les avantages que se font entre ceux qui sont couverts de ces crimes d'inceste et d'adultère » dit Ricard, ouvr. précité, n° 401, cela alors que l'accord était loin d'être parfait en ce qui concernait le simple concubinage. Au n° 410, Ricard nous indique comment il est possible de « tirer avantage » des dispositions du Droit Romain... « car la raison pour laquelle les donations entre concubinaires se permettaient étoit que le concubinage n'étoit prohibé par les Loix, que par une raison politique aux personnes. *Nemini licentia concedatur, constante matrimonio concubinam penes se habere, l. unica C. de Concub.* D'où il est aisé de conclure que si le Droit restreignoit si fortement les donations entre les personnes engagées dans le genre de concubinage qu'il avoit défendu, nous avons la même raison d'interdire l'usage des donations entre tous ceux qui sont touchés par ce vice, en général, puisque le concubinage, parmi nous, n'est permis à qui que ce soit ». La véritable raison, c'est que l'adultère de l'un des concubins profane plus directement le sacrement et rend le conflit plus apparent entre l'union de fait et le mariage.

De cette tendance, on peut rapprocher cette conception, de plus en plus répandue, qu'il serait inadmissible que les concubins puissent s'avantager librement alors que la plupart des Coutumes interdisent les donations entre époux (1) ; de fait, il serait singulier de distinguer suivant que les libéralités dûes à l'entraînement des sens, ont été consenties dans le mariage ou hors du mariage. Est-il besoin d'ajouter, même, que les violences de la passion conduisent à des excès plus redoutables dans les unions de fait que dans les mariages ?

---

(1) V. Ricard, ouvr. précité n° 409. — Cochin, 48e plaidoyer devant la Cour des Aides (Œuvres, t. 2, p. 327). — Automne, tit. des donations, t. I, p. 519, 4e éd. — Denizart, v° concub., n° 2 et suiv. — Pothier, Donations entre vifs, sect. 1re, art. 2, § 6. — Despeisses, art. 1er, tit. 14, sect. 1re, n° 17. — Furgole ; des testaments, ch. 6, sect. 2, n° 85, tome I. — Encyclopédie méthodique, v° concubinage.

En l'absence de toute disposition de la Coutume de Normandie, on annulait, dans cette Province, les libéralités entre concubins, en notant que l'art. 437 de cette coutume proscrivait les libéralités entre époux et que « *la Coutume a dû, à plus forte raison, refuser à la concubine le fruit de sa prostitution* ». V. Cass. 15 nov. 1826, Cottun c. Grousseaume, S et P chr. Il s'agissait d'une donation faite antérieurement à la Révolution.

Comp. Dumoulin : « *Cum autem haec ratio fortius, militet in impudicis qui solent esse blandiores et rapaciores multo magis statuum habebit locum in concubina, quae non debet esse melioris quam pudica* ».

Sur le 196e conseil : *Decius in verbo spolientur,* voyez le dictionnaire de droit et de pratique de Ferrière, t. I, mot « concubinage ».

Guyot. Répertoire au mot « concubinage ». — Duplessis, Traité sur la Coutume de Paris, t. I, tr. 14, liv. I, chap. 3. — Ferrière : Dictionnaire précité. — Delalande : Commentaire de la Coutume d'Orléans, t. I, tit. XVI. — Pierre de l'Hommeau : Maximes générales du droit français, livre 3, Max. LXXXIV.

Ce n'est probablement pas aux gens mariés que Solon, 600 ans avant J.-C., et Cassiodore, 500 ans après, pensaient en dénonçant ces « attraits et allèchements des femmes » qui détournent les amants de la droite raison et vicient les donations faites sous leur empire, dans des passages que Ricard rappelle complaisamment (1).

On a été amené, tout naturellement, à rapprocher les donations entre concubins des donations entre époux, parce qu'une passion de même nature peut les inspirer. Mais il est facile, en définitive, d'élargir le fondement de leur interdiction : d'une manière générale, l'Ancien Droit réprime, en annulant les donations qu'ils ont déterminées, tous les abus d'influence ou d'autorité ; dans ce sens, on peut dire qu'il n'y a pas lieu de faire un sort meilleur aux libéralités entre amants qu'à celles qui interviennent entre époux, qu'aux donations d'un malade à son médecin, d'un élève à son précepteur, d'un pénitent à son confesseur. N'existe-t-il pas, au surplus, quelques bonnes raisons de réprimer plus sévèrement, en partant de ce principe, la générosité naturelle des concubins ,« car qui a plus d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine ? Les histoires en fournissent une infinité d'exemples, tel que celui de Dalila à l'égard de Samson et celui des concubines du roi Salomon » (2).

---

(1) Plutarque : Vie de Solon.

Cassiodore : lib. 9, *Variarum in Edictum Attali Régis.* « *Donationes nullus terror extorqueat, nullus acquirere per fraudem vel execrabilem lascivam concupiscat : Sola enim honestas merito capit lucrum de legibus* ».

(2) POTHIER, *Traité des Donations entre vifs* (Œuvres posthumes, M. DCC. LXXVIII), t. VI, p. 30.

B) Application du principe de l'incapacité, pour les concubins, de se gratifier

On n'a jamais admis, dans notre Ancien Droit, que les libéralités entre concubins dussent tomber automatiquement dès que la preuve du concubinage avait été fournie. En Droit, les principes sont rarement absolus; dès qu'on passe à l'application, on constate qu'il faut leur apporter des limitations et des dérogations. Le principe de la prohibition des libéralités entre concubins est relatif et il convient d'en apprécier la portée.

*
* *

Dans cette étude, on aurait pu songer tout d'abord à opérer une distinction suivant que le principe faisait l'objet ou non d'une disposition légale. Dans les Provinces régies par des Coutumes qui interdisaient expressément les dons entre concubins et dans le ressort des Parlements qui avaient enregistré l'ordonnance du Chancelier de Marillac, on pourrait croire que la jurisprudence, liée impérativement par la formule « don de concubin à concubine ne vaut », se séparant sur ce point du Droit Commun Coutumier, frappait ces libéralités de plein droit sans apporter, au principe, le moindre tempérament. Une pareille distinction n'a pourtant jamais trouvé de défenseur. En réalité, nous aurons l'occasion de voir que les limitations admises par les Tribunaux l'avaient été, en somme, non seulement en Droit Commun Coutumier, mais encore sous l'empire de Coutumes qui contenaient une disposition formelle (1). Cette distinction qui tend à établir une

(1) Voyez pourtant la tournure employée par Ferrière, dans son dictionnaire : « Dans la coutume de Paris et dans toute autre qui ne défend pas expressément les donations faites entre ceux qui vivent en concubinage, lorsque les donations ne sont pas immodérées, etc... »

différence suivant que le principe de prohibition est légal ou jurisprudentiel, ne répond pas à une réalité en Droit Positif.

La division chronologique proposée par Merlin (1), ne semble pas davantage correspondre à des changements appréciables du Droit Positif. Cet auteur s'attache à montrer, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence du Parlement de Paris, qu'on peut déterminer trois périodes, la première, largement antérieure à l'Ordonnance de 1629 serait une période d'indécision au cours de laquelle une jurisprudence flottante, tantôt annulerait, tantôt validerait les libéralités, sans suivre d'idées directrices suffisamment précises. La seconde, contemporaine de l'Ordonnance de 1629, offrirait les mêmes variations. Au cours de la troisième seulement, largement postérieure à l'Ordonnance, la jurisprudence bien fixée dans son dernier état, aurait admis, à côté du principe, certains tempéraments dans des cas bien déterminés. Cette division ne saurait, à tout le moins, être admise, sans modification ; les deux premières périodes pourraient être aisément réunies ; de plus, ces périodes sont loin d'avoir un terme précis ; enfin, il est certain que la distinction proposée ne peut valoir sous l'empire des Coutumes qui contenaient une disposition formelle, antérieurement à l'ordonnance de 1629.

Une dernière conception prétend établir une différence suivant que le concubinage est simple ou adultérin. Elle paraît avoir inspiré la majorité des auteurs, et notamment Ricard, mais semble néanmoins devoir être rejetée (2). La complication d'adultère ne se traduit que par une sévérité plus grande, dans

(1) Distinction reprise par Duruflé, th. précitée, p. 21.

(2) Distinction reprise par Crutzesco, *Des donations entre concubins,* th. 1912, Paris, pp. 29 et suiv.

l'appréciation des faits, les mêmes restrictions pouvant être apportées au principe, que lorsqu'il y a concubinage simple. Aucune règle juridique, en vérité, n'est particulière au concubinage adultérin, si ce n'est que sa preuve est soumise à des conditions rigoureuses que nous aurons à préciser ; il suffit, pour l'instant, de constater que la distinction étudiée repose sur une base réelle, mais ne porte pas, à proprement parler, sur le fond du droit.

*
* *

C'est le fondement que nous avons reconnu au principe de prohibition qui doit, en définitive, renseigner sur sa portée d'application et dicter un plan. Nous avons montré que ce fondement est double, qu'il tend à la protection du mariage en tant que sacrement et en tant qu'institution civile, qu'il se pose ainsi sur le terrain religieux et sur le terrain sociologique. « Mais, dit Ricard, comme en qualité de chrétiens, la vengeance que nous tirons des crimes est particulièrement animée de charité, nous autorisons les donations modiques quoique faites entre personnes tachées d'adultère (1), pourvu qu'elles soient destinées pour servir d'alimens aux donataires : ce que nous avons admis afin que le donataire ait moyen de vivre hors du vice, et non pour favoriser le crime ».

La charité chrétienne vient donc tempérer l'application du principe, permettre certains dons ou legs entre

---

(1) Ricard, ouvr. précité, n. 406.

Ce texte montre, d'autre part, qu'aucune différence de principe n'est faite entre le concubinage simple et le concubinage adultérin.

V. cependant Poullain du Parc, *Principes du Droit Français*, t. VII, p. 115, n. 200.

concubins ; ceci n'est pas particulier à notre matière, et l'Ancien Droit admet pareillement que des aliments peuvent être donnés aux enfants adultérins. Mais, dans Ricard, apparaît cette autre idée plus intéressante, car le problème pourrait être, aujourd'hui encore, posé sur ce terrain, *que certaines donations d'un chiffre peu élevé, loin de nuire à l'institution du mariage, sont susceptibles de fournir au concubin avantagé, la possibilité de se soustraire à l'union de fait qui lui pèse.*

Ainsi nous proposons-nous d'étudier successivement les applications du principe de l'incapacité de recevoir qui frappe les concubins, puis les tempéraments apportés à ce principe et fondés sur le caractère religieux de l'interdiction, sans autrement distinguer suivant que le concubinage est simple ou adultérin.

a) *Applications du principe*

1°) Libéralités ostensibles

Il semble seulement que la jurisprudence ait hésité plus longtemps à tirer toutes les conséquences du principe quand le concubinage intervenait entre personnes libres.

A vrai dire, il ne pouvait guère en être autrement dans cet état du droit ; le principe ne faisait l'objet d'une disposition expresse que dans de rares coutumes et le juge, obligé de se reporter au Droit Romain, avait tendance, comme lui, à réserver toute sa rigueur au concubinage adultérin.

Cette hésitation à frapper les libéralités entre concubins libres, encore perceptible à l'époque où Ricard écrit son *Traité des Donations entre vifs,* a complètement disparu à la fin de l'évolution de notre Ancien Droit.

*
* *

Les décisions citées par les auteurs ne remontent guère au-delà du XVII[e] siècle ; un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 5 avril 1599 (rapporté par Brodeau, sur Louet, lettre D, § 43, cité par Ricard, n. 403) annula, sur la demande des héritiers du donateur, la libéralité consentie par un homme marié en faveur de sa servante.

Il ne s'agit toutefois pas d'une décision exceptionnelle. De nombreux arrêts vinrent, peu après, annuler des libéralités entre concubins. Dans ce sens, on peut citer les Arrêts rendus le 4 août 1627 (J. Aud., à sa date), le 11 avril 1642 (1) et le 6 avril 1656 (cités par Ricard, n. 404) (2), par le Parlement de Paris ; dès 1582, le Parlement de Toulouse avait rendu un arrêt analogue (3).

Ces arrêts anciens suivent, sans doute, le principe de la prohibition, mais il convient de faire, relativement à cette jurisprudence, une double observation : d'une part, les décisions citées visent, dans l'ensemble, le concubinage adultérin ; il est possible, d'autre part, de

---

(1) Il a été jugé par cet arrêt que la longue absence du mari ne relevait pas de l'incapacité de recevoir des legs la femme adultère.

(2) Il s'agissait d'un don de 6.000 livres à prendre sur le mari et de 300 livres de rente fait par une femme mariée à son amant. La Cour ordonne que les héritiers devront rester en possession des biens, sans avoir égard à la donation, mais qu'il sera prélevé 400 livres au profit de l'Hôtel-Dieu. Cet Arrêt montre bien l'influence du Droit Romain sur la matière. Les Romains décidaient, qu'en cas de concubinage adultérin, la donation irait au fisc.

(3) Arrêt rendu le 26 juin 1682, rapporté par Maynard, par de la Rocheflavin dans son recueil d'arrêts notables, liv. 6, tit. 40, art. 10, et par Ricard, n. 405. Suit à la lettre le Droit Romain et attribue le montant du don au fisc.

trouver dans cet état du droit, des arrêts validant des libéralités entre amants (1), sans que toutefois l'atteinte portée au principe soit directe et puisse être cherchée, à proprement parler, hors des tempéraments admis par la jurisprudence (2).

Quoiqu'il en soit, à partir du second tiers du XVII[e] siècle, la jurisprudence est constante ; la nature du concubinage importe peu, *toute donation est en principe nulle et doit être entièrement anéantie*. Cette fixité de la jurisprudence n'est, sans doute, pas étrangère à l'ordonnance de 1629; les applications les plus nettes du principe émanent alors de Parlements, comme celui de Toulouse, qui enregistrèrent *librement* l'Ordonnance royale (3). Le Droit Commun Coutumier, dans son dernier état, n'en applique pas moins le principe avec une rigueur nouvelle ; un Arrêt du 16 mars 1663, « rendu en l'audience de la Grand-Chambre », après conclusions de l'Avocat général Bignon, vint annuler une donation intervenue entre concubins libres (4) ; le

---

(1) Décisions du 8 février 1610 : Guyot, Répert. au mot « concub. » ; 18 février 1610 : Le Bret, liv. 1, déc. 12 ; 1[er] juillet 1630 : troisième plaidoyer de Lemaître.

(2) Voyez infrà. Les arrêts cités valident des libéralités modiques. La décision du 8 février 1610 valida un testament par lequel le *de cujus* laissait à sa maîtresse une ferme de peu de valeur pour lui permettre de vivre et d'élever les deux enfants qu'il avait eus d'elle. Dans l'affaire jugée le 1[er] juillet 1630, il s'agissait encore d'une donation modique.

(3) V. 21 juin 1644, *Recueil de Catelan*, liv. 2, ch. 83. V. aussi 21 avril 1718 et au Journal du Palais de Toulouse, t. 2, p. 227 : 23 juin 1756, 4 septembre 1756, 6 mai 1791 (cités par Merlin). Seuls, les trois premiers arrêts visent le concubinage adultérin.

(4) Cité par Ricard, n. 414.
J. Aud. liv. 5, chap. 18, fol. 504.

Parlement de Paris en décida encore ainsi en annulant, par un arrêt célèbre du 4 mars 1727, un legs au profit d'une demoiselle Gardel, fait par le marquis de Boutteville, dans des circonstances qui auraient dû valoir quelque indulgence à la bénéficiaire.

« La demoiselle Gardel, dit Jacquet, dans son Commentaire de la Coutume de Touraine, fille du Trésorier des fortifications, avoit eu pour parein Charles Béon de Luxembourg, Marquis de Boutteville, qui à cause du dérangement des affaires de son père, aiant bien voulu lui en tenir lieu, en avoit pris soin dès son enfance et l'avoit mise dans un couvent quand il en avoit été tenus. Elle y avoit eu la liberté de sortir quand elle avoit voulu et y avoit resté jusqu'à vingt-deux ans; elle avoit vu très assidument le Marquis; elle avoit même été passer quelques mois avec lui à la campagne : elle étoit jolie et remplie de graces; le Marquis fort âgé, étoit tombé malade ; et elle avoit entrepris sa conversion, à quoi elle avoit réussi : en effet, il avoit pris, à ses sollicitations réitérées et par complaisance pour elle, un directeur de l'Oratoire et fait une confession generale; enfin la demoiselle Gardel n'avoit plus quitté le Marquis et avoit resté chez lui jusqu'à sa mort.

Le marquis de Boutteville qui avoit legué comme en reconnaissance non seulement des soins assidus, mais encore à cause de l'obligation qu'il avoit de sa conversion à la demoiselle Gardel, le tiers de la terre de Boutteville, située en Angoumois, par testament olographe du 25 mars 1725, confirmé par un codicille du 15 avril suivant, étoit décédé au mois d'août de la même année.

Il faut observer que le Marquis de Boutteville étoit marié et en divorce avec sa femme depuis plus de 27 ans ; que le Roi avoit retiré la terre de Boutteville

dont le Marquis n'étoit qu'engagiste et que le prix consistant en deux cens dix mille livres dont la demoiselle Gardel s'attendoit d'avoir le tiers, avoit été confisquée.

Celle-ci s'étoit adressée, pour avoir délivrance de son legs, à Madame de Beaumont, sœur du Marquis de Boutteville, qui la lui avoit refusée ; ce qui l'avoit déterminée à se pourvoir en justice : la cause portée aux requêtes du Palais, son legs avoit été réduit à moitié ; et sur appel, interjetté en la Cour de part et d'autre, le legs a été déclaré nul et la demoiselle Gardel, condamnée aux dépens, par arrêt du 4 mars 1727 : celle-ci a voulu se pourvoir en cassation ; mais elle n'a pas été écoutée. La Cour ne s'est déterminée à annuler entièrement le legs que parce que le concubinage adultérin et incestueux étoit prouvé tant par l'assiduité de la demoiselle Gardel, que par plusieurs lettres très tendres et amoureuses, émanées d'elles ; quoique partie des mêmes lettres fussent mêlées de dévotion ».

Cet arrêt, si souvent cité par les vieux auteurs, précise la portée exacte de la jurisprudence de notre Ancien Droit, arrivé au terme de son évolution. Elle ne prend même pas en considération ce moyen, proposé par la demoiselle Gardel que, « séduite par un homme riche, et qui avoit abusé tant de sa qualité de parrain que de la supériorité de son âge pour triompher de sa vertu », il eût été équitable de valider en partie le legs, sous forme de dommages-intérêts. La preuve du concubinage est faite, et cela suffit ; l'action en dommages-intérêts pour fait de défloration ne pourrait dériver que de l'événement d'une grossesse (1).

---

(1) Voir cet arrêt cité par JACQUET, ouvr. précité, sous l'art. 246 et par MERLIN, *Questions de droit.*

Dans le même sens, 7 juin 1737, cité par MERLIN (La solu-

2°) Libéralités déguisées ou par personne interposée

Les concubins, qui n'ont pas, en principe, le droit de se faire des libéralités ouvertes, ne pourraient, non plus, se consentir des avantages indirects. Faute de quoi, il serait trop facile d'éviter la rigueur de la jurisprudence en recourant, soit au déguisement, soit à l'interposition de personnes. Les Tribunaux n'ont jamais hésité, dans notre Ancien Droit, à annuler les libéralités masquées.

*
* *

L'extension de l'hypothèse d'interposition de personnes à notre matière n'a pas soulevé de grosses difficultés. L'interposition, qui implique l'existence parallèle d'une incapacité et d'un lien étroit entre la personne gratifiée et la personne incapable de recevoir, servait principalement à l'annulation des donations faites aux enfants du conjoint, présumées faites au conjoint lui-même. Par analogie, on s'est avisé d'atteindre les dons et legs consentis au profit du fils ou de la fille de la concubine, car cette circonstance de la parenté en ligne directe ne laissait pas de jeter la suspicion sur la générosité du donateur.

Furgole a pourtant nié la possibilité de cette extension (1), mais il n'a pas motivé son opinion ; de plus Merlin a montré que l'arrêt cité par lui n'avait pas été

---

tion ne pouvait pas faire de doute : la concubine avait été bannie comme coupable de prostitution publique ; le mari était complice).

(1) Furgole, *Tr. des Test.*, chap. VI, sect. 2, n° 86 et l'arrêt qu'il cite : 10 janvier 1645 (rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, chap. 73). Comp. Gab. Dupineau, ouvr. précité, sous l'article CCCXLII, Donation.]

suffisamment détaillé par Soëfve qui l'avait recueilli pour qu'on puisse en connaître la disposition précise, et que d'ailleurs cet arrêt avait été rendu conformément aux conclusions de l'Avocat général Talon qui avait, vingt ans plus tôt, conclu à la nullité d'un legs laissé par un chanoine à la fille de sa concubine. L'ancienne jurisprudence ne semble pas avoir connu d'hésitation et s'est ralliée, dans l'ensemble, à la conception défendue par Talon (1).

*
* *

Pareillement, lorsque des donations déguisées étaient déférées aux Tribunaux, ils ne manquaient pas de faire tomber le voile et de rechercher la vraie nature des actes qui leur étaient soumis (2). Lorsque la débauche était, soit accompagnée d'une cohabitation scandaleuse, soit prouvée par écrit, la nullité des obligations était admise sans peine, quand du moins les amants se trouvaient dans l'impossibilité de prouver que leur cause était légitime. Répondant à cette conception, de nombreux arrêts vinrent atteindre des contrats de vente et des constitutions de rentes (3), de

---

(1) V. 4 août 1625, J. Aud. t. 1, liv. 1, chap. VI, rendu par le Parlement de Paris sur les conclusions de l'Avocat Général Talon.

V. encore 20 fév. 1642, rendu par le Parlement d'Aix, cité par Merlin, *Questions de Droit*, sous le mot « Adultère ».

(2) V. Merlin, ouvr. précité, au mot « concub. ».

Cochin, 48e *plaidoyer devant la Cour des Aides, Œuvres*, t. 2, p. 327. Jacquet, ouvr. *précité*.

Houard, *Dict. D. Normand*, v. don. n. 2.

Denizart : mot : Concub », n° 17.

(3) 25 fév. 1665 et 22 août 1674, J. Aud., cités par Merlin, 7 mars 1683 : cité à l'occasion d'une plaidoirie (arrêt 3 juill. 1685, cité suprà).

prétendues constitutions de dot (1) ainsi que des billets causés « pour argent prêté » (2).

Mais, on hésitait davantage à annuler de telles obligations quand la circonstance de cohabitation scandaleuse, ou la preuve écrite faisaient défaut. Certains auteurs, comme Houard (3) raisonnaient ainsi: « quand il s'agit de pures libéralités, et qu'il y a commencement de preuve par écrit de la débauche, on en permet la preuve testimoniale ; s'il est question d'obligations, des preuves écrites complètes de l'inconduite de l'accusé sont indispensables. Mais en ce dernier cas, s'il n'y a pas de preuves acquises par écrit d'un commerce criminel entre les deux parties contractantes, l'obligation subsiste » (4).

Sans aborder, dès à présent, la question de la preuve du concubinage dans la matière des libéralités, il est permis de noter que cette doctrine est difficilement soutenable. Si le concubinage est suffisamment prouvé par commencement de preuve par écrit et par témoignages en vue de l'annulation d'une donation ouverte, on ne voit pas pourquoi ce mode de preuve ne suffirait pas pour anéantir une libéralité déguisée. La conception d'Houard a été, à juste titre, réfutée par Merlin, car « le concubinage ne peut être prouvé et ne l'être pas... Ce n'est pas que, dans notre opinion, la preuve du

---

(1) 16 mars 1723, du Parlement de Paris : cité dans le Dict. de D. Normand, au mot « donation. »

27 janvier 1780, du Parlement de Normandie, cité par MERLIN.

(2) 3 juil. 1685, J. Aud.

Arrêt 1724, cité par DENIZART.

(3) Dictionn. de D. Norm., mot « donat., » sect. 2.

(4) HOUARD cite un arrêt du Parlement de Rouen qui aurait statué dans ce sens.

concubinage doive toujours emporter la preuve de la simulation des contrats à titre onéreux passés entre concubinaires. On sent que de pareils actes ne peuvent être jugés frauduleux que lorsqu'il s'élève contre leur teneur des présomptions d'une certaine force. Mais... en un mot, ce n'est pas à la nature de la preuve du concubinage que l'on doit s'arrêter en cette matière, c'est uniquement à la qualité des présomptions de fraude qui attaquent le contrat ».

*
* *

Dans notre Ancien Droit, les Tribunaux annulent donc, en principe, toutes les libéralités consenties en temps de concubinage, ouvertes ou déguisées.

D'ailleurs, cette étude des applications du principe de l'incapacité de recevoir nous permet de faire, en terminant, une double observation, car à un double point de vue les magistrats font montre d'une sévérité plus grande. D'une part, ils ont, pour une catégorie d'actes, fixé la jurisprudence de manière quasi-invariable en déclarant le plus souvent nuls les contrats qui n'étaient au fond que des donations déguisées, et à cet égard « cette jurisprudence que la pureté de nos mœurs a introduite et que le danger des conséquences a perfectionnée ne souffre plus... d'exception ni de modification. *Tout acte qui porte l'empreinte d'une libéralité entre amants est nul et ne peut produire d'effets* » (1). D'autre part, pour ce qui est des libéralités ouvertes, les Tribunaux frappent plus fréquemment et plus durement les concubins adultères que les concubins libres.

---

(1) Guyot, Répertoire au mot « concubinage ».

La rigueur du juge à l'égard des contrats contenant des libéralités déguisées qui rend, en ce qui les concerne, le principe de prohibition absolu, pour ainsi dire, nous dispense d'une plus ample étude.

Sa sévérité à l'égard des libéralités directes consenties dans le concubinage adultérin est réservée à une classe de personnes et non plus à une catégorie d'actes. Elle tient à cette constatation que le concubinage adultérin est généralement un fait plus répréhensible et plus grave que le concubinage simple. A son égard, le juge montrera seulement un peu plus de répugnance que lorsque les concubins sont libres à tempérer la rigueur du principe par les limitations inspirées de la charité chrétienne (1).

b) *Tempérament apporté par la jurisprudence au principe de l'incapacité de recevoir*

L'Edit de Charles-Quint (2) du 4 octobre 1540, contrairement aux dispositions des coutumes, avait apporté deux dérogations capitales au principe ; *il limitait l'incapacité de recevoir aux actes émanant de mineurs de vingt-cinq ans qui entraînaient translation ou hypothèque de propriété immobilière.*

Mais, à vrai dire, les Provinces Belgiques, seules régies par les dispositions considérées comme exceptionnelles (3) de l'Edit, ne semblent pas avoir obéi très longtemps à leurs prescriptions formelles.

---

(1) Peut-être, en ce qui concerne les libéralités déguisées, faut-il voir là, l'apparition, dans notre Droit, de la notion de « *pretium stupri* ».

(2) V. *Suprà.*

(3) V. cependant, Est-Pallu, *Coustumes du duché et bailliage de Touraine,* MDCLXI, sous l'art. CCXLVI.

« telles donations estoient valables... ce que j'admettrois bien entre nous pour les choses mobiliaires qui auroient

Rapidement, un usage contraire vint abroger implicitement l'Edit. L'existence en est attestée par les auteurs. Un arrêt connu, rendu par le Parlement de Douai, le 14 janvier 1757, le consacra en annulant un legs de 300 livres de pension viagère entre concubins majeurs (1).

*
* *

Dorénavant, les seuls tempéraments apportés au principe seront d'origine jurisprudentielle ; les Tribunaux s'inspireront d'une idée d'humanité ; ils tendront, en validant partiellement les libéralités infectées par le concubinage, à assurer la subsistance ou à dédommager le concubin avantagé.

Ainsi, cette jurisprudence présente deux termes, dont l'un est plus large que l'autre : *d'une façon générale, elle se propose de réduire les donations importantes à un taux modique ou à de simples pensions alimentaires ; et à l'occasion, il lui arrive de prendre en considération, lorsque certaines circonstances de fait sont réunies, la séduction de la femme et de valider certains dons plus considérables, à titre de réparation du dommage causé.*

L'ancienne jurisprudence usait de plusieurs procédés pour réduire les libéralités au taux alimentaire. Lorsque le don ou le legs était modique, elle le validait pour le tout. Dans ce sens un arrêt du 17 mars 1730 valida le legs d'une rente viagère de 30 livres et d'une

---

été manuellement données, dont la recherche ne pourroit estre faite par l'héritier : mais pour le don de la jouissance des immeubles, quoy que la concubine en fust en actuelle jouissance, elle en pourroit estre evincée en cas que le don eust esté fait en concubinage, suivant nostre article ».

(1) V. Merlin, ouvr. précité : les auteurs et l'arrêt cités.

petite maison à Vendôme (c'est-à-dire sous l'empire de la coutume d'Anjou), au profit de la concubine d'un capitaine (1). Ainsi doivent s'interpréter encore, selon nous, les arrêts de 1610 et de 1630 (v. *suprà*) que nombre d'auteurs présentaient comme consacrant, au début du XVII[e] siècle, la liberté, pour les simples concubins, de se gratifier (2).

Lorsque les libéralités étaient considérables, la jurisprudence leur faisait subir une réduction (3) ; il lui arrivait fréquemment d'ordonner que la concubine jouirait, sa vie durant, des choses qui lui avaient été données en propriété. En réduisant les dons faits en propriété à de simples usufruits, la jurisprudence conciliait heureusement le devoir de charité envers les maîtresses dénuées de ressources et la nécessité de ne pas laisser les biens importants sortir de la famille (4).

*
* *

(1) Arrêt cité par MERLIN.

(2) V. arrêts 18 fév. 1610 (LE BRET, *Décisions*, liv. 1, chap. 12).
1[er] juillet 1630 (Antoine LE MAISTRE, 3[e] plaidoyer in fine), cité par RICARD, n° 416.
V. encore une décision du Présidial d'Angers, dans une affaire plaidée par Pierre LE PROUST, et rapportée dans son *Commentaire sur les coustumes du Pays de Loudunois*.

(3) V. arrêts 13 décembre 1629 (Concubinage adultérin), cité par RICARD. La Grand-Chambre valide un legs particulier de 600 livres et annule un legs universel, faits tous les deux au profit de la servante du testateur, sa concubine.
15 juin 1617 (Antoine MORNAC, *Sur la loi ambiguitatem* 12. C. de usufr., habit. leg. sub. finem.

(4) V. notamment un arrêt du 13 août 1582, rapporté par MONTHOLON § 14 et cité par RICARD.

La jurisprudence était beaucoup plus libérale quand le maintien, en tout ou partie, du don ou du legs s'expliquait surtout par le désir de les dédommager du préjudice qui leur avait été causé par la séduction. Cette jurisprudence était d'ailleurs limitée quant aux personnes par son but même. Elle ne s'appliquait guère qu'aux filles séduites, elle supposait l'événement d'une grossesse et, comme elle s'inspirait, à n'en pas douter, de l'action en dommages-intérêts pour fait de défloration que notre Ancien Droit assurait à la mère, elle en observait les conditions. Seule, la fille séduite étant mineure pouvait obtenir, à titre de réparation, le maintien total ou partiel de la disposition, à l'entière discrétion du juge qui prenait, à la fois, comme éléments d'appréciation la qualité de la fille, celle du séducteur et leur fortune respective. Ainsi, fut validée, en faveur de la demoiselle de Grand-Maison, par l'arrêt célèbre du 28 mars 1730, réformant une sentence du Châtelet, la donation d'une rente viagère de 800 livres, de l'usufruit d'une maison de campagne sise à Lahy, près de Paris et de quelques meubles, parce que le donateur avait 89 ans, qu'il laissait une succession considérable, que les parties étaient fille et garçon et que la fille avait vécu avec son amant depuis l'âge de 16 ans jusqu'à celui de 44 ans (1).

Mais on aurait une vue incomplète de toute cette jurisprudence si on ne notait pas que ces considérations qui jouaient un rôle si important dans l'appréciation du juge en matière de dédommagement de la fille séduite, guidaient également les Tribunaux quand

---

(1) Arrêt du 28 mars 1730, *Causes célèbres*, t. X ; cité par MERLIN.

V. dans le même sens, FURGOLE, ouvr. précité, t. II, n. 86.

ils s'avisaient d'attribuer le don à titre d'aliments ; le chiffre maintenu variait encore suivant les espèces et pouvait être assez élevé. C'est ce que rapporte Pierre Le Proust, à propos d'une affaire qu'il avait plaidée (1) : « ...toutes fois, en une cause d'appel que je plaidai pour une Damoiselle d'Angers, dont le surnom estoit de Nouault, qui avoit esté déboutée d'une demande qu'elle faisoit aux enfans d'un habitant d'Angers nommé Gaillart, de trois cents escus de don que leur père lui avoit fait, l'aiant eu longtemps avecques lui en sa maison ; ils furent condamnez à les paier : mais l'on considerera qu'ils avoient de grands moiens, et qu'il n'estoit pas à propos de la desesperer, leur pere lui aiant osté l'honneur ».

En pratique, il devait être bien difficile de tracer une ligne de démarcation entre ce qui devait être maintenu de la donation, en faveur de la concubine, à titre de simples aliments et à titre de réparation du préjudice causé.

*
* *

Ce n'est plus le même sentiment de charité chrétienne et de pitié qu'on invoquait pour soutenir le maintien de certaines dispositions entre amants.

Les parties prétendaient parfois que les dons ou les legs avaient été consentis en considération des services ou des bienfaits rendus par le gratifié au disposant. Une raison de stricte justice semblait commander cette solution favorable aux concubins, que les auteurs coutumiers ne discutaient pas, même sous l'empire des Coutumes qui contenaient une disposition formelle (2).

---

(1) Pierre Le Proust, ouvrage précité.

(2) V. Dupineau, ouvrage précité, sous l'art. 342 de la

Par ailleurs, on aurait difficilement pu présenter comme venant apporter de nouvelles dérogations au principe de l'incapacité les dispositions de certaines coutumes relatives aux libéralités consenties après la cessation du concubinage et aux avantages que les amants s'étaient faits par contrat de mariage. L'état de concubinage n'est pas destiné à durer toujours. Son caractère de fait le rend singulièrement fragile, en offrant à chaque concubin la possibilité de le rompre unilatéralement. Dès que les relations sexuelles ont cessé, les deux amants redeviennent deux étrangers l'un pour l'autre, car le fait du concubinage ne les souille pas d'une tache indélébile. Logiquement le principe de prohibition ne doit plus les frapper. Dans ce sens, l'article 342 de la Coutume d'Anjou disposait correctement qu'ils « ne peuvent riens donner l'un à l'autre durant le temps de concubinage, *ne après, s'ils retournent à iceluy peché* ». On chercherait en vain, dans cette conception, une entorse au principe. Ainsi, c'est plutôt à son extension qu'en est arrivé le Droit Commun Coutumier en décidant que la cessation des relations coupables ne levait pas l'incapacité (1).

Coutume d'Anjou. Cet auteur se place sous l'autorité d'Ancharamus.

Sainfon sur la *Coutume de Touraine*, tit. des donations entre roturiers.

V. encore l'arrêt du 28 mars 1730. Cet arrêt a validé une donation d'une maison, régie par la Coutume d'Anjou ; le donateur avait exprimé dans l'acte qu'il avait fait la donation pour causes à lui connues et en remerciements des services que sa concubine lui avait rendus. Mais la jurisprudence précédemment exposée suffisait à expliquer cette validation.

(1) Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, t. VII, 1re partie, n° 31.

Le problème se posait dans des termes sensiblement analogues quand la donation était faite par contrat de mariage en vue de l'union projetée. Allait-on prendre en considération la qualité de concubin pour annuler la donation, ou celle plus relevée de fiancé pour la valider?

Aucune hésitation ne semblait possible sous l'empire des coutumes qui interdisaient aussi les donations entre époux. Malgré l'évidence de cette remarque, le Parlement de Paris eut à statuer sur une hypothèse de ce genre, dans un arrêt rendu le 16 mars 1663 (1). Il annula la donation contestée, après conclusions de l'Avocat Général Bignon, « sur ce fondement que l'on ne pouvait considerer le donateur et la donataire, que comme mari et femme, ou en qualité de personnes engagées dans un concubinage ; et qu'en l'un et l'autre cas, ils ne s'étoient pu valablement donner, ayant parfaitement établi que l'incapacité de donner entre le concubinaire et la concubine, comme celle d'entre mari et femme est établie par la Coutume de Paris à laquelle les parties s'étoient soumises » (2).

En fait, l'hypothèse ne pouvait guère présenter de difficultés que sous l'empire des Coutumes qui admettaient la validité des donations entre époux ; or, les libéralités consenties par contrat de mariage sont subordonnées à la condition *si nuptiae sequantur* ; elles ne seront effectives que lorsque le mariage sera célébré; le principe de l'incapacité de recevoir des concubins ne commande donc pas davantage d'annuler des dispositions dont l'existence ne sera reconnue qu'au jour du mariage. Aussi les Coutumes qui tenaient les donations

---

(1) Cité par RICARD, ouvrage précité, n° 414.

(2) RICARD, référence précitée, cite dans le même sens un arrêt de la Cour des Aides de Paris, du 27 février 1731.

entre époux comme valables, se sont-elles généralement ralliées à la conception qui admet la validité des libéralités entre amants par contrat de mariage, sans qu'on puisse prétendre que ces Coutumes aient apporté une dérogation nouvelle au principe de prohibition (1).

*
* *

Hormis les tempéraments qui ont permis à la jurisprudence de valider certaines libéralités modiques, on peut affirmer que, dans le dernier état de notre Ancien Droit, tout au moins, le principe de l'incapacité de recevoir entre amants n'est pas contesté.

Deux corollaires en sont quelquefois tirés : d'une part, même sous l'empire des Coutumes qui admettent la validité des donations entre époux, on repousse l'idée qu'un mariage subséquent aurait pour effet de consolider indistinctement toute libéralité consentie en temps de concubinage ; que si les intéressés voulaient donner effet à ces dispositions, il leur resterait la ressource de les renouveler par contrat de mariage (2).

Quand, d'autre part, un mariage vient à être annulé, comme ayant été célébré à l'encontre des lois et ordonnances, ou de quelque empêchement dirimant, les intéressés ne peuvent recueillir le bénéfice des dona-

---

(1) V. observation de Claude Pocquet sur l'ouvrage de Gabriel Dupineau, précité sous l'article 342, et l'arrêt cité du 2 septembre 1722.

V. aussi Jacquet, ouvr. précité, sous l'article CCXLVI, de la *Coutume de Touraine*, et l'arrêt cité du 20 mai 1740.

V. cependant Olivier de Saint-Vast : *Commentaires sur les Coustumes d'Anjou*, t. 3, sous l'article 354.

(2) V. en ce sens Chopin : *Commentaire sur la Coutume d'Anjou*, tome 1er, liv. III, chap. II, titre III. V. cependant Dupineau, ouvr. précité, sous l'art. 342.

tions qu'ils ont pu réciproquement se consentir *si nuptiae sequantur,* car leur pseudo-mariage, sous réserve bien entendu des conséquences entraînées par leur ignorance et leur bonne foi, n'est, en définitive, **qu'une union illicite (1).**

Il reste, pour apprécier pleinement l'efficacité du principe de prohibition, à se demander qui pouvait, dans notre Ancien Droit, faire la preuve du concubinage et quels étaient les moyens de preuve admis, et à préciser les raisons qui semblaient devoir conduire à en restreindre la recherche.

C) Preuve du concubinage

Pour obtenir l'annulation des libéralités viciées, il fallait nécessairement apporter la preuve du concubinage, et notre Ancien Droit, à bien des égards, rendait cette preuve difficile.

Deux raisons semblaient pourtant militer en faveur de la preuve testimoniale : le concubinage étant un simple fait, pouvait-on, sans commettre d'erreur, lui appliquer la règle du commencement de preuve par écrit que l'Ordonnance de Moulins exigeait pour la preuve des contrats et des conventions? La réprobation dans laquelle on le tenait ne devait-elle pas, au surplus, inciter les Tribunaux à en admettre la preuve largement ?

L'ancienne jurisprudence n'en a pas moins consacré un système sévère, exorbitant du Droit Commun. Son but a été surtout de veiller à ce que l'honneur et la concorde des familles ne soient pas troublés par la révélation d'un concubinage, à n'en reconnaître l'existence que contrainte et forcée. Aussi, a-t-elle été

---

(1) Furgole, *Traité des Testaments,* t. II, n. 89.

amenée à rendre certaines personnes non recevables à proposer la preuve des relations sexuelles et à proscrire autant que possible l'emploi de la preuve testimoniale.

a) *Personnes non recevables à proposer la preuve du concubinage*

1° Donateur lui-même : application de la règle : nemo auditur propriam turpitudinem allegans

On admettait d'abord qu'il n'était pas possible au donateur d'attaquer les libéralités qu'il avait consenties en faveur de sa maîtresse. La règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* venait, sur ce point, renforcer les tendances de notre ancien Droit (1). Le donateur n'était pas recevable à alléguer sa propre turpitude pour obtenir des Tribunaux la restitution de son don.

On soutenait parfois qu'il convenait de limiter la règle à une « petite somme ou à un don de légère conséquence » (2), mais il ne semble pas que la jurisprudence ait consacré une pareille restriction. Le Parlement de Paris, en particulier, a toujours maintenu l'intégrité de la règle. Un arrêt du 31 mars 1707 (3), rendu sur le rapport de Le Clerc de Lesseville, en fit une application totale. Un second arrêt, rendu à la fin de notre Ancien Droit, par la Chambre de vacations, maintint au profit d'une concubine, en invoquant

---

(1) L. 3. *D. de condict. ob turpem causam.*

(2) V. Dupineau, sur les *Coustumes d'Anjou*, sous l'article CCCXLII, Donation.]

(3) V. J. Audiences.

l'adage romain, la donation d'une rente viagère de 600 livres et d'une somme de 6.000 livres (1).

Dans cet état du droit, seul le mineur avait la possibilité de faire rescinder l'acte, en vertu de règles propres à la minorité.

2°) Légataire universel du donateur

On a soutenu encore que le légataire universel n'était pas plus recevable que le donateur qui l'avait institué à attaquer les libéralités consenties au profit de la concubine. Des arrêts firent application de cette conception (2). On avait tenté de la justifier en prétendant que le testateur avait le droit d'imposer à ses ayants-cause telles conditions qu'il lui plaisait et notamment celle d'exécuter les legs particuliers ; que d'ailleurs le légataire ne saurait avoir d'action pour attaquer ces legs particuliers, et augmenter ses propres avantages, le disposant ayant marqué lui-même, dans son testament, les bornes de son droit.

Merlin n'a pas eu de mal à démontrer qu'un faux principe avait guidé cette doctrine et que l'exécution d'un legs prohibé n'était qu'une condition contraire aux bonnes mœurs qu'il convenait de réputer non-

---

(1) Arrêt cité par MERLIN, *Questions de droit*, v° Concubinage ; v. aussi arrêt du Parlement de Grenoble 1771, *Encyclopédie méthodique*, v. concubinage. — Arrêt du Parlement de Paris de 1706, cité par GUYOT, dans son *Répertoire* (Il s'agissait d'une donation au profit d'une actrice de l'Opéra).

(2) Parlement de Bordeaux, 10 février 1663, rapporté par LAPEYRÈRE, lettre D, n° 47.

écrite ; les Tribunaux, dans leur ensemble, s'étaient ralliés à une solution analogue (1).

Ainsi peut-on affirmer que la jurisprudence, dans son dernier état, n'a pas consacré la non-recevabilité du légataire universel du donateur à faire la preuve du concubinage. Comme l'héritier *ab intestat* ou le mari de la femme adultère, il pourra proposer cette preuve. Il lui restera à surmonter les difficultés propres aux moyens de preuve utilisables.

b) *Modes de preuve de concubinage*

A ce problème des modes de preuve admis en matière de concubinage se réduit, en somme, la seule différence de droit qu'on puisse établir entre le concubinage simple et le concubinage adultérin quant à la validité des libéralités.

Dans notre Ancien Droit, on désire veiller, avant tout, à ce que la paix des familles ne soit pas troublée par la révélation intempestive de l'existence d'une union illicite. Il n'est pas douteux que la circonstance d'adultère rend la preuve testimoniale fort dangereuse à cet égard. Dans les mœurs de l'Ancien Régime, convaincre la femme mariée d'avoir eu des rapports hors mariage, n'est-ce pas, d'ailleurs, accuser le mari de complicité et par suite déshonorer les enfants légitimes ?

1°) *Preuve du concubinage simple*

Sur la foi de cette idée qu'il fallait, à tout prix, éviter les désordres au sein des familles, on a prétendu que même pour le concubinage simple, la preuve

(1) MERLIN, ouvr. précité et les arrêts cités, Aix 20 fév. 1642 ; Parlement de Paris, 13 mai 1762. V. à leur égard, DENIZART, condition, § 5, n° 8.

testimoniale était inadmissible, à défaut de commencement de preuve par écrit. Cette conception a été soutenue par Houard (1) et par Lapeyrère (2) ; elle fut consacrée par deux arrêts du Parlement de Bordeaux de décembre 1665 et du 26 juin 1696 (3) et par un arrêt du Parlement de Paris, rendu le 1er septembre 1784, sur conclusions de l'avocat général Séguier.

Remarquons pourtant que le premier de ces arrêts visait le concubinage adultérin, que les circonstances du second étaient mal connues et que dans le dernier les faits invoqués par l'héritière étaient invraisemblables (4). A supposer néanmoins que ces arrêts aient statué dans le sens indiqué, on ne pourrait en tout état de cause, les considérer comme apportant une solution généralement admise. Pothier (5), Merlin (6), Chabot (7) étaient d'avis que la preuve testimoniale devait toujours être admissible. Ils ne pensaient pas autrement et ne donnaient pas d'autres raisons que Furgole sur ce point (8) : « Il ne peut y avoir de doute, disait cet auteur, que le fait du concubinage avec une fille ou une veuve, qui rend les personnes indignes de recevoir des libéralités, ne puisse être prouvé par

---

(1) Houard, *dictionn. de D. Normand,* passage précité.

(2) Lapeyrère, lettre I, n° 5.

V. aussi Denizart, loc. cit.

(3) Cités par Lapeyrère.

(4) Un sieur Rey, ancien officier, avait prié deux demoiselles âgées respectivement de 43 et 56 ans, de se charger du soin de son ménage. En mourant, il les avait instituées légataires universelles. La sœur du sieur Rey accusa les légataires d'avoir été les concubines de son frère.

(5) Ouvrage cité, sect. 1re, art. 2, par. 6.

(6) Ouvr. cité, n° V.

(7) Ouvr. cité, n° 7.

(8) Furgole, ouvr. cité, n. 194.

témoins. Il est impossible, ou du moins très difficile, d'en rapporter la preuve par écrit. Ainsi, si la preuve testimoniale n'était pas reçue, on ne pourrait jamais faire valoir l'indignité. Le concubinage est un fait qui tient même de la nature du crime parce qu'il est défendu par la loi divine et par les constitutions canoniques qui sont, à cet égard, adoptées dans le Royaume. Il faut donc que la preuve en puisse être faite par témoins, non-obstant les ordonnances de Moulins et de 1667 qui ne peuvent pas recevoir une juste application aux simples faits qui n'ont aucun rapport avec des contrats ou des conventions. *Ainsi tous nos livres sont pleins d'arrêts qui ont admis la preuve testimoniale* » (1).

Chez nos anciens auteurs, on voit poindre désormais cette idée que le plus grand scandale serait, non pas de livrer au grand jour, les faits de concubinage, mais de laisser la loi sans application. Pour ce qui est du concubinage simple, doctrine et jurisprudence suivaient généralement cette maxime que Basnage avait écrite sur l'article 414 de la Coutume de Normandie : « la loi doit tout donner à l'honneur et à la pureté et condamner tout ce qui peut blesser l'honnêteté ».

Il reste à voir si la paix du ménage ne paraissait pas mériter néanmoins qu'on la protège du scandale quand, au concubinage, venait s'adjoindre la complication d'adultère.

1°) Preuve du concubinage simple

L'ancienne jurisprudence avait déjà établi que les héritiers du mari n'étaient pas recevables à accuser la veuve d'adultère, pour la priver de sa dot et de ses

(1) V. arrêts 4 sept. 1756, 6 mai 1791, précités.
Journal du Palais de Toulouse, t. 2, p. 227.

conventions matrimoniales quand le mari, de son vivant, s'était abstenu de saisir la Justice.

On a quelquefois cherché à étendre, en doctrine, par analogie, cette fin de non-recevoir au cas où les héritiers entendaient attaquer les libéralités de leur auteur au profit d'une femme mariée, et le Parlement de Bordeaux s'était rallié à cette conception (1).

Toutefois, les auteurs qui ont écrit avec le plus d'autorité sur la matière niaient l'existence d'une fin de non-recevoir tenant à l'adultère de la femme ; ils admettaient que les personnes qui avaient un intérêt pécuniaire pouvaient opposer l'adultère par voie d'exception et la jurisprudence avait, le plus souvent, suivi (2). Doctrine et jurisprudence faisaient observer qu'il importait surtout de punir la turpitude des adultères, que laisser subsister les libéralités viciées revenait, en somme, à récompenser leur immoralité et que le principe de prohibition devait, en tout état de cause, recevoir une application effective. Les anciens auteurs rapportaient, en outre, nombre d'arrêts favorables à la doctrine qu'ils défendaient. Un arrêt du 5 avril 1599 avait admis l'exception d'adultère dans une hypothèse où les héritiers, en la proposant, ne troublaient pas

---

(1) Arrêt décembre 1665, rapporté par LAPEYRÈRE, lettre I, n. 5. Jurisp. du Parlement de Bordeaux, par SALVIAT, au mot « Adultère ».

(2) J. AUD, tome 7, liv. 4, ch. 22 ; v. encore FURGOLE, ouvr. précité, n. 195-196 ; RICARD, ouvr. précité, n. 402 à 405 ; POULLAIN-DUPARC : *Principes de Droit français suivant les Maximes de Bretagne,* Rennes, François Vatar, M.DCC. LXIX, t. 7, p. 115, n. 201.

MERLIN : Questions de droit, v. *Concubinage et Adultère.* V. cependant conclusions de l'Avocat général Portail dans une espèce jugée le 26 mars 1706 (Augeard, tome I, § 280).

seulement la mémoire du donateur, mais encore la paix d'un ménage présent, la bénéficiaire s'étant mariée après son décès (1).

A peine signalait-on, en dehors du ressort du Parlement de Bordeaux, quelques arrêts qui seraient venus apporter exception à cette doctrine et à cette jurisprudence. Encore faut-il remarquer que ces décisions s'expliquaient le plus souvent par des circonstances particulières, plutôt qu'en vertu d'une théorie préconçue (2) ; il n'est pas possible, dans ces conditions,

---

(1) V. les arrêts rapportés par Louet et Brodeau, lettre D, somm. 43, et notamment l'arrêt du 5 avril 1599 ; par Soëfve, tome 2, cent. 1, chap. 25 ; par La Roche et Graverol, verbe « Succession », art. 1 ; Catellan, liv. 2, chap. 83.

V. encore les arrêts du 11 avril 1642, du 6 avril 1656 rendus par le Parlement de Paris et du 26 juin 1582 (Maynard ; La Rocheflavin : Recueil d'arrêts notables, liv. 6, tit. 40, art. 10).

Du recueil de Boniface, t. I, p. 169, arrêt d'Aix, 20 février 1642 ; et 6 novembre 1673 (J. Palais, tome 1, p. 449). V. cependant du même Parlement, 12 mars 1643.

V. ensuite 4 août 1625 (J. Aud) ; 17 mai 1736 sur plaid. de Cochin (aud. 23 février 1734, Nouv. éd. Denizart, t. 1, p. 230 et 281) ; 19 mai 1722, J. Aud ; t. 7, liv. 5, ch. 22.

(2) Arrêt du 22 février 1633 (J. Aud., tome 5, liv. 2, chap. 26), cité par Merlin. Les héritiers rapportaient des lettres amoureuses, supposées et fausses.

Arrêt 23 mai 1702 (J. Aud., tome 5, liv. 2, chap. 26) ; l'héritier prétendait que la vie débauchée de la bénéficiaire la rendait indigne des libéralités du défunt, mais il convenait qu'elle n'avait eu avec lui aucune relation condamnable. Cité par Merlin.

Dans le même sens encore, 26 mars 1706 ; cité par Merlin. V. cependant les conclusions de l'Avocat général Portail (Augeard, tome 1, § 280). Arrêt du 15 décembre 1733 (Nouv. éd., Denizart, t. I, p. 229) malgré les concl. de l'Avocat général Gilbert. Les dispositions attaquées étaient peu

d'affirmer qu'elles apportaient des arguments aux tenants de la fin de non-recevoir.

Mais il serait faux de penser que doctrine et jurisprudence admettaient pour autant la preuve testimoniale, comme en cas de concubinage simple. En réalité notre Ancien Droit aboutissait sur ce terrain à une sorte de transaction entre la nécessité de sévir contre les libéralités viciées et celle d'éviter le trouble des ménages réguliers. Aussi, l'allégation d'adultère, proposée par exception contre le légataire, se trouvait-elle subordonnée à des circonstances variables, en vérité, mais que l'Avocat général d'Aguesseau, dans des conclusions qui furent suivies dans l'arrêt du 19 mai 1722, avait rangées sous trois chefs qu'on peut ainsi exprimer :

1°) Les violents soupçons de connivence du mari aux désordres de la femme (1) ;

2°) Le commencement de preuve des faits allégués contre la femme, soit par écrit, soit par présomptions assez fortes pour obliger réellement d'admettre la preuve ;

3°) Surtout le scandale et la notoriété du désordre (2) qui enlevaient toute raison d'être au système de

---

importantes et pouvaient s'expliquer par une idée de dédommagement et l'héritier était d'ailleurs de rang éloigné.

Dans les arrêts du 12 avril 1718 (Toulouse) et du 21 juin 1664, rapportés par Catellan, la preuve fut admise pour la période antérieure et pour la période postérieure au mariage, probablement parce qu'on pouvait se dispenser, pour obtenir l'anéantissement de la donation, d'établir l'indignité au cours du mariage.

(1) Cochin, tome 4, cause 99.

(2) Dans l'arrêt du 19 mai 1722, aucune de ces circonstances ne se trouvait réalisée. Aussi la sentence qui avait permis aux héritiers de prouver l'adultère du testateur fut réformée.

V. encore Poullain-Duparc, ouv. précité.

preuves exorbitant du droit commun que nous venons d'analyser (1) et qui pourrait se résumer ainsi : ni fin de non-recevoir, ni preuve libre.

Une preuve de cette nature ne se trouvait admise par le juge qu'à regret et qu'autant qu'il s'y trouvait contraint par les circonstances.

*
* *

Aussi aboutissait-on, dans notre Ancien Droit, à laisser subsister les libéralités viciées dans l'hypothèse où, précisément, les concubins, à raison de la complication d'adultère, pouvaient être considérés comme moins dignes d'indulgence ; plus l'union était criminelle, plus on semblait prendre de soins pour qu'elle restât impunie. C'est à ce résultat illogique qu'on en arrivait pour avoir voulu éviter le désordre que cause dans les familles, la révélation de l'adultère, et protéger la mémoire de l'époux décédé. Dans cette mesure était justifiée l'opinion de ceux qui étudiaient séparément les applications du principe de prohibition, suivant que le concubinage était simple ou adultérin (2), dans les cas les plus graves, les difficultés de la preuve venaient entraver son emploi, déjà tempéré, d'ailleurs fort équitablement, par les idées de justice et de charité.

C'est seulement sous le bénéfice de ces réserves qu'on peut se rallier à la façon dont Pothier a parfois semblé présenter le dernier état de notre Ancien Droit : « Les concubines, écrivait-il, sont incapables de recevoir des donations... La raison en est que le concubinage est

---

(1) Poullain-Duparc proposait d'ajouter à cette énumération les faits de suggestion.

(2) V. notamment Ricard, ouvr. précité, nos 395 à 416.

contraire aux bonnes mœurs... le concubinage n'étant pas, parmi nous, un mariage ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs ; d'où il suit que tout ce qui sert à fomenter et à entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires doivent être réputées comme contraires aux bonnes mœurs, et par conséquent non valables » (1).

Pothier ne se méprenait certes pas sur le sens de la jurisprudence (2). Mais nombre d'auteurs modernes, pour avoir voulu ignorer Ricard ou Furgole, ont souvent paru attribuer une portée absolue à l'ancienne incapacité.

(§ 3) *DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS DANS LE DROIT INTERMEDIAIRE*

La législation intermédiaire est muette à l'égard des libéralités entre concubins.

Dans le silence des textes, on pouvait se demander si, à défaut d'abrogation expresse, l'abolition de l'incapacité de recevoir ne résultait pas *implicitement* des lois votées par les Assemblées révolutionnaires.

En partant de ces lois transitoires, on l'a soutenu. On a fait remarquer que les lois du 17 nivôse an II et

(1) POTHIER, *Traités des donations entre vifs* (Œuvres posthumes, t. VI, M. DCCLXXVIII), page 29.

(2) Pothier écrit plus loin, en effet (p. 31) : « les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliments, et même lorsqu'on leur en fait de considérables, l'usage est de ne les pas déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques ou à des pensions alimentaires ». Il n'entre pas, d'ailleurs, dans le détail de la jurisprudence.

du 4 germinal an VIII, relatives à la transmission des biens par successions ou donations n'ont établi aucune prohibition à l'encontre des amants et que, par suite, l'ancienne incapacité avait cessé de les frapper du jour de la promulgation. Cette conception fut partagée par quelques décisions, notamment par un jugement du Tribunal d'Amiens, du 6 floréal, an XII (S et P chr.) et par un arrêt de la Cour de Poitiers, du 2 juin 1808 (Chedreau, S et P chr.) (1). Mais elle ne prévalut pas devant la Cour de Cassation.

La Chambre des Requêtes avait toutefois paru s'y rallier dans un arrêt du 1er fructidor an XIII, rendu sur l'affaire déjà jugée à Amiens, mais le legs litigieux, très modique, eût certainement été validé sous l'empire de l'Ordonnance de 1629 (2). Par contre, la Chambre

---

(1) La même solution semble résulter de Paris, 19 germ. an XII, Castagny (S et P chr et R. 266) : « ...D'où il résulte que, dans le cas même où l'incapacité que la jurisprudence antérieure aux lois votées pendant la Révolution faisait résulter du concubinage pourrait être invoquée contre les dispositions faites dans l'intervalle, entre les nouvelles lois qui n'avaient point déclaré les incapacités et la promulgation du Code civil... ». Les deux autres décisions citées au texte font le raisonnement que nous avons exposé.

Comp. Nîmes, 29 therm. an XII, R. 269 ; rapport du Commissaire sur Poitiers, 19 therm. an X, Lafraignais, S. et P chr.

M. Robert Desiry semble se rallier à cette conception dans un article récent sur « Les conséquences juridiques du concubinage », *Revue critique* 1932, p. 490.

(2) Cass. req. 1er fructidor an XIII, d'Hendicourt c/ Hallate (S et P chr) : « Att. que, dût-on se référer aux dispositions de l'Ordonnance de 1629, il faudrait les prendre telles qu'elles avaient été modifiées par la jurisprudence des ci-devant Cours de Parlement, qui admettaient, rejetaient ou modifiaient les donations de l'espèce dont il s'agit, selon les circonstances et d'après les considérations qui militaient

Civile, le 13 août 1816 (1) et la Chambre des Requêtes elle-même, le 19 janvier 1830 (2), établirent très nettement que les lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII n'avaient, en rien, modifié la législation antérieure.

Ces lois ne contiennent pas, en effet, un système général des donations et des successions ; elles se bornent à fixer la quotité des biens dont chacun pouvait disposer au préjudice de ses héritiers ; elles ne réglementent en aucune façon, la capacité de donner ou de recevoir. Force est bien d'en induire qu'à cet égard, les dispositions antérieures demeuraient en vigueur dans le Droit Intermédiaire ; faute de quoi on aboutirait à des conséquences absurdes que Merlin a parfaitement soulignées dans ses « *Questions de Droit* » ; ce serait, dit-il « prétendre que sous l'empire de ces lois, un mineur, un interdit pouvaient donner entre vifs, c'est-à-dire aliéner, sans retour, la portion d'immeubles déclarée disponible par les lois du 17 nivôse an II et du 4 germinal an VIII,... ce serait prétendre que, sous l'empire de ces lois, un homme mort civilement pouvait par testament ou par un codicille disposer de cette même portion et en faire l'objet, soit d'une institution d'héritier, soit d'un legs universel ou parti-

---

pour ou contre les donataires ; — Que les donations de cette espèce ont été le plus souvent maintenues, soit lorsqu'elles étaient modiques et qu'elles avaient pour cause la récompense des services rendus, et pour objet d'assurer des aliments aux donataires, soit lorsqu'elles étaient faites entre personnes libres ».

(1) Cass. Civ., 13 août 1816 (S et P chr., Dame Champeaux-Grammont c/ Hér. Cardon :

« Que ni la loi du 17 nivôse an II, ni celle du 4 germ. an VIII n'ont abrogé d'autres incapacités que celles sur lesquelles elles se sont particulièrement expliquées ».

(2) Cass., 19 janvier 1830, Calvet c/ Lacaze (S et P chr).

culier. L'absurdité de ces conséquences est sensible ; le principe ne peut pas être vrai » (1).

Sans doute, cette solution s'avère-t-elle profondément étrangère à l'esprit de la législation révolutionnaire, au moment même où la loi du 9 brumaire an II met, en matière de droits successoraux, les enfants naturels sur un pied d'égalité avec les enfants légitimes, où le mariage, ayant perdu son caractère d'indissolubilité, n'est plus qu'une variété d'union libre légalement constatée (2). Il n'y a, en bonne logique, aucune raison de traiter plus sévèrement les amants que les enfants issus de leur union.

Cette solution n'en est pas moins très juridique ; elle n'a, au surplus, rien qui doive nous étonner : la tâche du législateur révolutionnaire est, avant tout, de poser des bases, et elle est si vaste qu'il lui arrive de laisser subsister, par inadvertance, des lambeaux de la législation antérieure dans le système nouvellement édifié (3).

D'ailleurs, à partir de 1795, la raison de ce silence

---

(1) Merlin, *Questions de Droit*, II.

V., dans le même sens, Chabot : *Questions transitoires sur le Code Napoléon*, tome I, p. 252.

Considérations reprises par le Procureur général Mourre à propos de Cass. civ., 13 août 1816, précité, et par le Procureur général Merlin, dans des conclusions du 15 juillet 1811 (Répert., jugement § 7 *bis*).

(2) V. Olivier Martin : *La crise du mariage dans la législature intermédiaire*, thèse, Paris.

(3) Ainsi, peut-on expliquer la carence du législateur de la période révolutionnaire, en notre matière. Lorsqu'il y était procédé, le vote des lois civiles impliquait de longues discussions ; parfois même, la discussion terminée, on ne promulguait pas les projets. V. Ph. Sagnac : *La législation civile de la Révolution française* (1789-1804), thèse Lettres, Paris, 1898.

va changer ; à la période de progrès et d'innovations succède, dans l'Histoire de la Révolution, une période de réaction (1).

Pourtant, l'abrogation implicite de l'incapacité de recevoir des concubins résulte alors des trois projets de Code élaborés par Cambacérès, car ils prévoient une réglementation d'ensemble des libéralités et ils ne contiennent aucune disposition analogue à l'article 132 de l'Ordonnance de 1629.

Mais ces trois projets, subissant un sort identique, n'eurent jamais d'application. Il faut, à ce moment, relever que, sous le Directoire, les Assemblées envisagent avec moins de faveur l'assimilation de la famille naturelle et de la famille légitime, voulue par la Convention. Cette tendance nouvelle apparaît clairement dans les débats relatifs au troisième projet Cambécérès.

Dès lors, les mœurs reviennent vers le droit, un moment distancé en notre matière ; à l'adage « *don de concubin à concubine ne vaut* » qui avait eu la rare fortune de passer sans encombre à travers la Révolution, le projet Jacqueminot, du 30 frimaire an VII, conçu dans un esprit très net de retour aux principes traditionnels, substitue, vers la fin de la période intermédiaire, un article à peine différent, aux termes duquel « *ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner* » (2). Ce quatrième projet qui ne connut pas, il est vrai, un sort meilleur que les trois projets dûs à Cambacérès, consacrait l'ancienne incapacité de recevoir et lui eut donné en législation, une ampleur qu'elle n'avait jamais eue, s'il avait été appliqué.

---

(1) Ph. Sagnac, ouvrage précité, p. 55.

(2) Titre des donations entre vifs et à cause de mort, art. 11, section première.

SECTION III

Le problème de la validité des libéralités entre concubins, en Droit Moderne

(§ 1) *SITUATION CREEE PAR LE CODE CIVIL*

Comme les projets antérieurs, le Code Civil créait par définition un système général sur les donations et les successions. Le silence du législateur devait désormais être interprété comme un désir d'écarter l'application de l'Ordonnance de 1629 et des Coutumes de l'Ouest (1). L'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII (2) venait d'ailleurs préciser son intention en disposant que les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessaient d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui étaient l'objet des lois composant le Code de 1804.

(1) Nous avons vu que l'ordonnance de février 1731 sur les donations ne s'était pas occupée des incapacités de recevoir qui devaient, dans la pensée de Daguesseau, faire l'objet d'une ordonnance spéciale. V. Supra.

(2) Loi du 30 ventôse an XII, contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code Civil des Français.

L'article 902 C. Civ. précisait encore que « toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ».

On pouvait d'autant mieux induire de ces textes que le législateur avait entendu abolir l'incapacité, qu'un article 2 du titre des donations entre vifs et des testaments du projet de l'an VIII portant que « *ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner* » et tendant au maintien, en Droit Moderne, de l'ancienne prohibition avait disparu de la rédaction définitive.

Le législateur de 1804 a probablement obéi à ces raisons qui avaient conduit le Tribunal de Lyon à placer cette observation sous l'article 906 du Projet : « Qui peut avoir le droit de scruter la conduite intérieure des individus, de s'immiscer dans le secret de leurs maisons, de leurs liaisons ou de leurs plaisirs, de diffamer deux êtres dont l'un ne vit plus ?

« Tout individu de quelque sexe qu'il soit, qui aura été lié d'amitié avec un individu d'un sexe différent sera, dès qu'il aura reçu une marque de sa reconnaissance, taxé de concubinage pour le dépouiller d'un bienfait mérité. On entassera dans un procès scandaleux la calomnie, la corruption des témoins, toutes les infamies que peut suggérer l'avidité.

« Dans l'Ancien Droit, cette action était extrêmement limitée ; rarement, elle a produit des effets justes et utiles et ils ont été funestes. Elle doit être abolie comme contraire à l'honnêteté publique et à la liberté civile » (1).

---

(1) Fenet, t. IV, p. 155.

Cette observation du Tribunal de Lyon doit, sans doute, être rapprochée de l'*exposé des motifs* du titre des *Successions,* présenté au Corps législatif peu avant celui des Donations, dans lequel l'orateur du Gouvernement s'exprimait ainsi : « Nous n'avons pas jugé convenable d'étendre davantage les causes d'indignité; il ne faut pas, sous le prétexte spécieux de remplir la volonté du défunt, autoriser des inquisitions qui pourraient être également injustes et odieuses. C'est pour ce motif que nous n'avons pas cru devoir admettre quelques causes reçues cependant dans le Droit Romain, comme, par exemple, celles qui seraient fondées sur des *habitudes criminelles* entre le défunt et l'héritier » (1).

Ainsi, ce sont les motifs mêmes qui ont poussé notre Ancien Droit à restreindre l'admission de la preuve testimoniale quand, du moins, il s'agissait du concubinage adultérin, qu'on invoque, en 1804, pour écarter totalement l'ancienne incapacité de recevoir; on étend et on aggrave les idées défendues au siècle précédent par Daguesseau. Pour éviter les scandales, le chantage possible, on se résoud à valider indistinctement tous les dons d'amant à maîtresse. On ne remarque pas que, subordonnant la répression à la *notoriété* des relations sexuelles, l'article 906 du projet de l'An VIII eut suffi à éviter les inquisitions injustes et odieuses, si vertement dénoncées au moment de la rédaction définitive.

---

(1) Procès-verbal du Code Civil, t. 2, p. 725, et Fenet, *Travaux préparatoires du Code Civil,* tome XII, p. 141.

(§ 2) *DISPARITION DE L'ANCIENNE INCAPACITE*

L'incapacité semblait pourtant si manifestement conforme à l'esprit du Code et, plus particulièrement, en si parfaite corrélation avec certaines de ses dispositions, qu'on a prétendu quelquefois l'en faire ressortir *implicitement*.

Malgré l'art. 902 et la loi du 30 ventôse an XII, malgré les observations du Tribunal de Lyon et le fragment de l'*exposé des motifs* que nous avons cités, certains esprits ont fait remarquer que le Code n'exigeait pas que l'incapacité soit formellement reconnue par la loi, mais qu'il suffisait qu'elle résulte d'autres articles du Code ; que d'ailleurs les causes de nullité résultant de la captation ou de la suggestion n'étaient pas plus rappelées par le Code que celles résultant du concubinage et que, cependant, leur maintien en Droit Moderne était indéniable. Ils notaient bien que le Code était intervenu *expressément* pour condamner les abus d'influence résultant de l'affection licite d'un époux, d'un pupille ou d'un pénitent, *mais prétendaient que la loi n'avait pas à intervenir pour le concubinage, la nullité devant automatiquement résulter de son caractère immoral* (1). Les articles 762 et 908 C. Civ., disaient-ils encore, ont établi une incapacité totale ou partielle des enfants nés hors mariage, et l'article 911 déclare nulles toutes donations au profit d'un incapable, sous le nom d'une personne interposée, son père

(1) Sur cette idée, v. TROPLONG, *Des donations entre vifs et des testaments*, t. II, n° 569.

ou sa mère, par exemple. Dans cette mesure, l'incapacité de recevoir entre amants ne subsistait-elle pas ? N'y avait-il pas absurdité à prononcer la nullité d'une donation au profit du père ou de la mère naturelle, présumée personne interposée ; *à la valider, au contraire, si aucun enfant n'était issu de l'union de fait ?* Le législateur de 1804 avait-il entendu consacrer une pareille contradiction ? Et Delvincourt de conclure : « Ce serait (alors) porter la mère à détruire les malheureux fruits de son union coupable, soit avant, soit après leur naissance, ou au moins à les abandonner à la charité publique, en prenant en même temps toutes les précautions pour leur ôter la connaissance de leur état. Ce serait faire au législateur l'injure la plus grave que de supposer qu'en même temps qu'il punit le fruit innocent de crime, il a voulu que le complice de ce même crime, que le vrai coupable jouit en paix de tous les avantages de la débauche et de tous les dons qu'une passion souvent d'autant plus aveugle qu'elle est plus criminelle, pourrait arracher ? » (1).

*
* *

Les partisans de l'incapacité implicite ont tiré trop rapidement la conclusion de leurs prémisses.

Il est indéniable que le législateur s'est montré d'une sévérité excessive à l'égard des enfants naturels en

---

(1) Delvincourt, *Cours de Droit Civil*, 1834 : tome II, p. 209 ; v. dans le même sens, Bedel : *Nouveau Traité de l'Adultère et des enfants adultérins selon les lois civiles et pénales*, 1848 ; Delpech, dans le *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1858, p. 272.

V. encore, conclusions du Procureur général Mourre sous Cass. Civ., 13 août 1816, Dame Champeaux-Grammont c/ hér. Cardon (S. et P. chr).

réduisant leur capacité de recevoir par rapport à leurs parents ; il n'est pas moins vrai qu'il s'est montré plus indulgent pour leurs auteurs. Mais la contradiction n'est qu'apparente dans le système du Code. Ce que le législateur de 1804 s'est proposé, à tort ou à raison, c'est d'intervenir le moins souvent possible dans les relations de concubinage, de les laisser hors de la sphère du droit ; mais ayant ainsi délimité son champ d'action, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il devra méconnaître tous les cas de relations hors mariage : *à raison du problème de la filiation naturelle qui viendra si souvent compliquer le concubinage, il sera amené à sortir de sa réserve habituelle et à s'occuper des unions immorales. Dans cette mesure seulement, il retrouvera toute sa sévérité et l'incapacité sera maintenue indirectement.* On peut critiquer l'attitude du législateur ; elle n'en reste pas moins compréhensible sans qu'il soit nécessaire de supposer, comme l'ont fait Delvincourt et Delpech, qu'il a entendu conserver implicitement une incapacité dans le même temps qu'il effaçait de son Projet, une disposition la consacrant expressément. Ce sont, en réalité, ces auteurs qui aboutissent à une contradiction pour avoir voulu trop prouver.

Aujourd'hui, la survivance de l'ancienne incapacité de recevoir n'est plus affirmée par personne. L'unanimité des auteurs modernes désavoue la doctrine de Delvincourt et de Delpech. L'intérêt du problème est désormais historique (1). On a pu, au cours du premier

---

(1) Merlin, *Répertoire*, V. Concubinage, p. 334 suiv. du t. V ; Guilhon, *Traité des donations entre vifs*, t. I, n. 148 et 148 *bis* ; Grenier, *Des donations*, t. I, n. 148 ; Chabot, *Questions transitoires*, loc. cit., n. 3 ; Toullier, t. 5, n. 719 ; Troplong, *Des dons entre vifs et test.*, t. 2, n. 568 ; Duran-

tiers du XIX^e^ siècle faire état de quelques décisions douteuses et les présenter bien à tort comme venant corroborer la conception des auteurs dissidents (1). Il se fut agi, tout au plus, d'une jurisprudence sporadique

---

TON, *Cours de Droit civil français*, 1844-45, 4^e^ édit., t. VIII, n. 242; ROLLAND DE VILLARGUES, *Répertoire de la jurisprudence du notariat*, 2^e^ édit., V. concub., n. 13; SÉBIRE et CARTERET, *Encycl. du Droit*, V. concub., n. 13; DEMOLOMBE, *Traité des don. entre vifs et des test.*, t. I, n. 566; VAZEILLE, *Sur l'art.* 902, n. 17, p. 46; P. PONT, *Rev. critique*, 1851, p. 589; COIN-DELISLE, *Commentaire du titre des don. et test.*, 1855, 2^e^ édit., *Sur l'art* 902, n. 6; SAINTESPÉS-LESCOT, *Des don. entre vifs et des test.*, t. I, n. 169; ZACCHARLÆ, MASSÉ et VERGÉ, *Le Droit civil français*, t. III, p. 418, note 6, p. 33; LAURENT, 1878, t. XI, n. 136; AUBRY et RAU, 5^e^ édit. par BARTIN, t. X, § 649, p. 485 suiv.; AUBRY et RAU, 4^e^ édit., t. VII, § 649, note 2; MARCADÉ et PONT, *Explic. théor. et prat., C. Civ.*, 8^e^ édit., t. III, art. 902; BONNET, *Des dispos. par contr. de mar. et des dispos. entre époux*, 1875, 2^e^ édit., t. III, n. 889 suiv.; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, t. IV, n. 29; TIMBAL, th., Paris 1882, *Sur la Cause;* FUZIER-HERMAN, *Sur l'art.* 893 *et suiv.;* Paul ROUX, *L'applic. des art.* 1131 *et* 1133 *du C. civ. aux don. entre concubins*, p. 111 et 237; HAMEL, th. Paris 1920, *La notion de cause dans les libéralités;* CAPITANT, *De la cause dans les obligations*, n. 215; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 455; COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Droit civil français*, t. III, p. 639; PLANIOL, *Cours élém. de Droit civil*, t. III, n. 2884 et 2943 *bis;* PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V. Don. et testaments, par A. Trasbot.

(1) On a, en effet, présenté divers arrêts anciens comme ayant consacré cette conception en jurisprudence. Il est facile de montrer que ces arrêts sont étrangers à la discussion. Nous les retrouverons plus loin. Notons toutefois que :

1° Besançon, 25 mars 1808, Jeannon c/ Ebaudy, décide que les billets, obligations ou contrats renfermant une donation déguisée au profit d'une concubine sont nuls comme faits pour une cause illicite. L'obligation, dans cette hypothèse, n'a été annulée que parce que le donateur faisait la

comme la doctrine qu'elle était censée défendre. Les Tribunaux, de façon générale, ont admis l'abolition de l'ancienne incapacité ; on ne compte plus les arrêts qui ont tranché dans ce sens, soit au XIX^e^ siècle, soit de nos jours, avec cette nuance qu'au siècle dernier, les juges s'attachaient encore à motiver leurs décisions et qu'actuellement ils se bornent à affirmer l'inexistence de l'incapacité quand ils ne la sous-entendent pas.

---

preuve spéciale de la cause immorale. Il n'eût pas suffi de prouver le fait du concubinage au temps de la donation.

2° Grenoble, 17 janvier 1812, Roquette c/ Barbier (S. et P. chr) statue dans le même sens à propos d'une obligation de donner contractée sous forme de billets à ordre ; il semble, en effet, confirmer la thèse de Delvincourt dans la mesure où il décide que « la succession du sieur Barbier est peu considérable ,qu'il n'est pas possible de se dissimuler combien la fille Roquette a outragé les bonnes mœurs ; qu'admettre sa réclamation, ce serait sacrifier l'intérêt des enfants légitimes ». A vrai dire, ce motif est rédigé en termes équivoques et les circonstances du procès sembleraient indiquer que les juges ont voulu prendre en considération la captation.

3° Angers, 19 janvier 1814, réformant un jugement du 10 mai 1810 du Tribunal de Saumur qui repoussait l'incapacité, motivait ainsi son arrêt : « Attendu, d'autre part, que confirmer un tel acte à l'égard de la Fleury, ce serait en quelque sorte autoriser, par l'espoir des récompenses et du bien-être, les liaisons coupables qui offensent le plus les bonnes mœurs et que toutes les lois condamnent », mais cet arrêt relève aussi que l'acte faisait naître la présomption légale que le disposant avait l'intention de gratifier son fils adultérin. Cela était nécessaire et suffisant pour l'annulation.

4° Paris, 31 janvier 1814, Lefebvre c/ Martier (S. chr), règle une question de séduction et nous aurons à y revenir.

Cass. 28 juin 1830, Legroing c/ Jouvainroux (S. et P. chr), ne résoud pas la question de savoir si le concubinage crée une incapacité de recevoir.

Lorsqu'il a lieu, ce rappel n'est plus guère qu'une réminiscence, comme un écho amorti des discussions passées (1).

*
* *

Telle est donc la situation créée par le Code Napoléon ; l'ancienne incapacité est abolie par crainte des

---

(1) Paris, 19 germinal an XII, Castagny, S. et P. chr. ; Amiens, 6 floréal, an XII, d'Audincourt, S. et P. chr. ; Nîmes, 29 therm. an XII, R. 269 ; Cass. 1er fruct. an XIII, S. et P. chr. ; Poitiers, 2 juin 1808, R. 209 ; Pau, 20 mars 1822, Laclède, S. et P. chr. ; Poitiers, 19 avril 1822, R. 209 ; Grenoble, 15 juin 1822, S. chr. ; Caen, 12 juillet 1822, J. g. éod. V° R. 269 ; Montpellier, 23 mars 1824, S. et P. chr. et R. 270-2°, Marie, Paris, 17 juillet 1826, Hil, S et P chr. ; Rouen, 8 janv. 1827, Solhiard, S. et P. chr. ; Cass, 1er août 1827, S. et P. chr. ; Montpellier, 13 février 1829, Guinard, S. et P. chr. ; Lyon, 25 mars 1835, Trollion, S. 1835-2-241 ; Cass., 25 janv. 1842, Nerbal, S. 1842-1-687 ; Cass., 26 mars 1860, Guillot, S. 1860, 1-321, P. 1861-238 et D. 1860-1-255 ; Cass., 2 juillet 1866, Lævrien, S. 1866-1-356, P. 1866-979 et D. 1866-1-378 ; Orléans, 27 mai 1875, Gobert, S. 75-2-319 et P. 75-233 ; Toulouse, 28 avril 1880, Rivière, S. 1882-2-222, P. 1882-1-1103 ; Cass., 23 juin 1887, Chaboud, S. 1887-1-361, P. 1887-1-894 et D. 1889-1-35 ; Paris, 15 février 1893, D. P. 1893-2-416.

Parmi les décisions récentes : Civ., 11 mars 1918, D. P. 1918-1-100 et S. 1918-19-1-170, Compayré ; Cass., 20 oct. 1920, S. et P. 1921-1-28 ; Req. 16 avril 1923, D. P. 1923-1-172, S. 1923-1-343 ; Montpellier, 23 mars 1925, gaz. pal. 1925-2-49 ; Paris, 5 mai 1925, D. H. 1925-474 et S. 1925-2-59, dame Vve C. contre dem. S. et Cie « La Prévoyance » ; Req. 8 juin 1926, D. 1927-1-113 et la note de M. Savatier ; Paris, 8 juil. 1926, D. H. 1926, 488 et S. 1926.2.92 ; Trib. civ. Bourg, 3 mai 1927, La loi 16 juil. 1927 et Rec. sommaires 1927, n. 3600 ; Paris, 16 nov. 1927, D. H. 1928-57 ; Trib. civ. Mantes, 13 févr. 1931, gaz. pal. 1931-1-612 ; Cass. req. 28 octobre 1931, gaz. pal. 1931-2-933.

V. cependant, en cas d'adultère, Grenoble, 25 fév. 1925, Pignard, gaz. pal. 1925-2-48 (jurisprudence non confirmée).

scandales, des chantages, des recherches abusives de paternité en dépit de l'interdiction légale.

Mais cette abolition ne correspond pas à un changement réel dans les mœurs ; c'est par l'immoralité même de l'état de concubinage qu'on motive la non-intervention du législateur en la matière ; c'est l'intérêt bien compris de la Société qu'on recherche et qu'on croit mieux assurer ainsi que par un système répressif. La pensée du législateur est moins une pensée d'indulgence à l'égard des concubins que de protection pour la famille légitime. Après la Révolution, comme avant, l'union hors mariage est moralement condamnée.

Aussi les mêmes auteurs que nous avons vu s'incliner devant la nouvelle conception du législateur se laissent-ils aller à regretter l'Edit de Charles-Quint et l'Ordonnance de 1629. « Nous avouons, disait Laurent, que cette morale-là n'est pas de notre goût. On craint le scandale et on ne s'aperçoit pas qu'on le fait naître : n'est-ce pas favoriser, encourager le concubinage que de laisser aux concubins l'espérance et presque la certitude que leur honteuse complaisance, disons le mot, que leur prostitution recevra sa récompense. On craint le scandale ! Nous demanderons si le scandale n'existe que dans les débats judiciaires qui ont pour objet de casser les libéralités dont la cause est le vrai libertinage ? Ou le vrai scandale ne s'étale-t-il pas dans le luxe que les femmes entretenues affichent et du vivant de ceux qui les entretiennent et après leur mort ? On craint le scandale ! Mais le scandale court les rues ! Qui donc ignore ces relations honteuses ? Il resterait un acte de justice, de moralité à accomplir, en enlevant à des prostituées l'héritage dont elles dépouillent les héritiers. Si scandale il y a, ce scandale n'est certes pas

immoral, il ne peut que profiter aux bonnes mœurs » (1).

Encore faut-il noter que Laurent qui critique si âprement l'attitude du législateur de 1804 est l'interprète le plus strict et le plus scrupuleux du Code Civil. En fait, doctrine et jurisprudence ne vont pas s'en tenir à récriminer passivement ; partant de cette idée unanimement admise que les libéralités entre concubins sont moralement choquantes et dangereuses pour la famille légitime, l'une et l'autre vont s'efforcer de restreindre peu à peu les inconvénients de la non-intervention du législateur, en s'attaquant à ces dons et à ces legs de façon plus ou moins détournée.

A défaut de texte les visant expressément, en Droit Moderne, ce sont les *moyens* élaborés par les Tribunaux pour les atteindre néanmoins que nous nous proposons d'exposer.

(§ 3) *LES TENDANCES DE LA JURISPRUDENCE AU DEBUT DU XIX^e^ SIECLE*

Il peut sembler étrange de poser la question de la validité des libéralités entre concubins, de se demander quel va être leur sort depuis la promulgation du Code Civil. L'incapacité ayant été supprimée, *toutes les libéralités d'amants à maîtresses ne sont-elles pas valables ?*

---

(1) LAURENT, t. XI, n. 136.

Au premier abord, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative. De fait, certains Tribunaux n'ont pas hésité ; ils ont admis qu'en l'absence de toute incapacité de recevoir reconnue, les dons entre concubins devaient être, *ipso facto,* déclarés valables (1); ils ont estimé qu'il était superflu de tenter de suppléer au silence du Code par des inductions ou des argumentations subtiles, les incapacités étant de Droit strict.

D'autres, plus rares, à la vérité, se sont ralliés à une conception étrange ; ils ont jugé indispensable de traduire sur le plan juridique l'ordre impératif de leur conscience inquiète ; ils ont annulé des libéralités entre concubins, se bornant à justifier leur action par les seuls principes de la morale et la nécessité de ne pas autoriser « par l'espoir des récompenses et du bien-

---

(1) V. Nîmes, 29 therm. an XII, Bucle, R. 269; Turin, 7 juin 1809, Servette, S. et P. chr. (pour le concubinage adultérin suivi d'un état momentané de bigamie qui avait cessé lors du décès du testateur); Poitiers, 19 avril 1822, Rateau, S. et P. chr., R. 209; Caen, 12 juillet 1822, J. g. eod. V° 269; Montpellier, 23 mars 1824, Marie, S. et P. chr, R. 270. La Cour de Montpellier se borne à accepter les motifs d'un jugement du tribunal civil de Narbonne du 5 mars 1823 : « Attendu que les mœurs sembleraient exiger, dans l'intérêt de la Société, que ce scandale fût réparé et que la demoiselle T... ne pût retirer aucun fruit de sa turpitude; ce qui paraîtrait devoir faire annuler les libéralités dont il s'agit, comme étant contraire aux bonnes mœurs ». Mais le Tribunal, en venant à l'examen des dispositions du Code Civil, n'y trouve rien qui puisse autoriser cette décision; par suite, le Tribunal valide le legs.

Bordeaux, 21 août 1833, R. 269, Marcilhac : « ...que l'incapacité prononcée par l'ancienne loi n'existe plus; que la capacité légale des concubins étant reconnue, il devient sensible que la preuve offerte, par les appelants, du concubinage de la dame Féburier avec Destrilhes n'est pas recevable;... »

être, les liaisons coupables qui offensent le plus les bonnes mœurs et que toutes les lois condamnent (1) ».

Mais la jurisprudence s'est généralement gardée d'entrer dans ces voies sans issue. Elle n'a jamais consenti à suivre les juges qui trouvaient une raison suffisante d'annuler dans les prescriptions de la conscience morale. Elle a toujours refusé, par ailleurs, de se soumettre à une exégèse étroite du titre des *Donations et des Testaments* ; elle n'a pas voulu chercher la solution du problème dans le seul chapitre de la capacité de disposer et de recevoir, l'isoler de l'ensemble du Code. Impuissante désormais à appliquer une incapacité qu'elle ne trouvait plus dans un texte spécial, elle a, pour atteindre certains dons ou legs particulièrement condamnables à son gré, recouru à des procédés indirects et aux dispositions générales, recherché, soit dans les circonstances où l'acte avait été passé, soit dans sa nature propre, l'élément susceptible de l'infecter.

Ainsi en est-elle arrivée à donner aux magistrats un pouvoir d'appréciation souverain pour la détermination du point de savoir *si la libéralité devait être admise ou non*.

N'était-ce pas, dès lors, reconnaître sur le terrain du Droit Positif la coexistence de deux catégories de libéralités entre concubins ?

A la vérité, cette dualité des dons et legs entre amants, qu'au début de ces développements nous avons tenté d'établir, plus forte même que l'incapacité de

---

(1) Angers, 19 janvier 1814, Gaudin, S. et P. chr.
Comp. Grenoble, 17 janvier 1812, Roquette, S. et P. chr.
Bruxelles, 19 février 1823, R. 264, 5° et S. et P. chr. « ... vu qu'un tel principe serait une injustice révoltante en même temps qu'un encouragement au crime ».

recevoir de l'Ordonnance de 1629, nous a déjà amené à joindre, pour l'Ancien Droit, à l'étude du *principe de prohibition,* celle des *exceptions* que les Parlements lui avaient apportées.

Désormais, on peut dire *qu'il n'y a plus ni principe, ni exceptions ; il y a deux séries d'hypothèses réclamant une solution distincte,* et la nécessité d'un examen attentif des juges, dans chaque espèce, laisse prévoir l'importance de l'analyse de la jurisprudence, en Droit Moderne.

Aussi, traiterons-nous successivement :

Première Partie : *Des libéralités annulées par la jurisprudence.*

Seconde Partie : *Des libéralités permises par la jurisprudence.*

PREMIÈRE PARTIE

Des libéralités atteintes par la jurisprudence

En frappant les concubins d'une incapacité de recevoir, notre Ancien Droit avait montré une fine psychologie. Ayant remarqué que leurs libéralités étaient fréquemment le fruit de la captation, tenant surtout à la conservation des biens dans les familles, il s'était avisé d'une prohibition, aveugle sans doute, mais tombant juste dans bien des cas. Ce système avait, en outre, l'avantage inestimable d'éviter toute discussion, si ce n'est sur la preuve du concubinage ; il suffisait d'établir cette preuve pour obtenir l'annulation de la libéralité, en dehors de tout examen intrinsèque de l'acte.

La jurisprudence moderne a, tout d'abord, pensé que pour annuler les dispositions choquantes, il ne lui était pas plus nécessaire que dans l'Ancien Droit, de les examiner en elles-mêmes et qu'il lui suffisait de rechercher, dans les circonstances du don ou du legs, *l'élément dolosif et frauduleux* qui lui permettrait de motiver l'annulation.

Puis, s'attachant plus étroitement à la nature rémunératoire des libéralités entre concubins, elle a fait un nouveau pas ; elle a entrepris leur étude intrinsèque, *recherché le caractère immoral de leur objet, de leur cause ou de leurs motifs.*

L'étude des dispositions annulées par la jurisprudence est double ; nous étudierons :

Chapitre Premier : *Des libéralités entre concubins atteintes à raison de la fraude et du dol.*

Chapitre Second : *Des libéralités entre concubins atteintes à raison de leur objet ou de leur cause.*

CHAPITRE I

Des libéralités atteintes à raison de la fraude et du dol

L'étude des circonstances de fraude ou de dol permettant d'obtenir l'annulation de certains dons entre amants se relie naturellement à celle de l'ancienne incapacité. Nous rappelons, à cet égard, que cette dernière était fondée sur une *présomption de captation*. Le Code n'a, en somme, effacé de notre Droit que la *présomption*. Il reste loisible aux juges de prononcer la nullité quand la *preuve* du dol ou de la fraude a été rapportée.

Ce n'est pas encore dans l'acte, mais dans la personne même des contractants, dans de coupables manœuvres qu'on va trouver la raison de l'annulation. Tantôt, le *concert frauduleux* émanera des parties; il sera conçu à l'encontre des tiers ou de l'autorité publique, dans le but de violer des droits acquis ou des dispositions légales; tantôt, les *manœuvres dolosives* seront dirigées contre une partie, soit par l'autre partie, soit par un tiers. Aussi, la fraude n'existe qu'une

fois l'acte achevé; à l'inverse, le dol est nécessairement antérieur à l'acte qu'il vicie (1).

Section I

Des libéralités atteintes à raison de la fraude

En ce qui concerne la *fraude,* il importe généralement peu que le donateur vive en concubinage. Notamment, s'il est débiteur, sa situation vis-à-vis de ses créanciers ne sera pas affectée par les rapports sexuels qu'il entretient hors mariage. Le seul point à envisager, pour les juges, sera celui de savoir s'il a disposé de ses biens au préjudice de ses créanciers. La maîtresse donataire ne sera pas, en principe, traitée autrement que les autres personnes gratifiées.

*
* *

Cependant l'hypothèse de *fraude à la loi* présente un intérêt marqué dans une matière, où le mécanisme des formes juridiques peut aisément permettre d'éviter l'application de règles impératives.

---

(1) Comp. Planiol : *Traité élémentaire,* t. II, nos 1069 et 1187 et *Revue critique,* 1893, p. 350; Ripert : *La règle morale dans les obligations,* p. 299, n. 168 et s.; comp. encore, en ce qui concerne la fraude à la loi, Planiol et Ripert : *Traité pratique,* t. V, par A. Trasbot, p. 416, n. 400 et t. VI, par P. Esmein, p. 474, n. 347.

Dans un sens plus général, on peut définir la fraude : *tout acte en vue de tromper autrui;* le dol entre évidemment dans cette définition et n'est qu'une application particulière de la maxime : « *fraus omnia corrumpit* ».

De fait, la loi réglemente strictement les obligations de l'individu envers la famille légitime ; elle assure, à certains héritiers, la réserve ; à la femme, sa part dans la communauté. Pour assurer leur observation, elle frappe l'enfant naturel d'une incapacité partielle de recevoir.

Dès lors, en réputant personnes interposées les parents naturels, par rapport aux enfants nés de l'union extra-légale, on va pouvoir considérer les libéralités qu'ils se sont consenties comme adressées, en réalité, à des incapables ; *la simulation sera présumée porter sur le nom du donataire.* On va pouvoir aussi atteindre les actes du concubin *chaque fois qu'en simulant la donation sous la forme d'un acte à titre onéreux,* il sera tenté, pour gratifier sa compagne, de se placer dans une situation telle que les dispositions légales relatives à la réserve ou aux droits résultant, pour la femme, de son régime matrimonial ne puissent venir à l'encontre de ses desseins (1).

(§ 1) *INTERPOSITION DE PERSONNES*
(Article 911 du Code Civil)

Les premiers commentateurs du Code Civil ont remarqué immédiatement le profit qu'on pouvait tirer de l'interposition de personnes, quand des enfants étaient nés du concubinage.

Nous avons vu comment, dans la mesure restreinte où les enfants naturels pouvaient eux-mêmes être gratifiés par leurs parents, certains esprits avaient considéré l'incapacité de l'Ancien Droit comme maintenue

(1) L'annulation de la libéralité ne résultera pas de la simulation, mais bien de l'intention d'éluder la loi. Comp. G. RIPERT, ouvr. précité, p. 311, n. 173.

à l'encontre des amants (1). Mais si, en fait, cette survivance partielle pouvait sembler répondre à une réalité, il n'en est pas moins certain qu'en droit, on ne saurait soutenir qu'un débris de l'ancienne prohibition subsistait dans notre Code, sans altérer la notion même d'interposition de personnes et sans la détourner du rôle qu'elle doit jouer normalement.

Les présomptions d'interposition de personnes ont été édictées dans le but d'éviter qu'on cherche à tourner les incapacités relatives de donner et de recevoir ; ces incapacités n'existent qu'en considération de la personne, car il suffirait, en effet, pour écarter les dispositions légales, de substituer au nom du gratifié celui d'un compère complaisant, chargé de transmettre les objets donnés (2). Or, dans notre hypothèse, ce sont les enfants naturels qui se trouvent frappés d'incapacité relative ; incidemment, leurs père et mère le seront bien aussi et ils ne pourront même pas prouver que la présomption porte à faux ; du moins, ils ne seront pas atteints en vertu d'une prohibition trouvant directement sa raison d'être dans l'état de concubinage.

Sous cette réserve, il est certain qu'il y aura réellement, *en fait, incapacité subsidiaire* des amants car la présomption d'interposition est irréfragable. La jurisprudence a parfois décidé qu'elle devait tomber devant des preuves ou des conjectures contraires, lorsqu'il apparaissait, notamment, que le legs fait à la mère,

---

(1) V. cep. MERLIN : Répertoire, v° concubinage, p. 335 ; cet auteur soutient vigoureusement la thèse que l'incapacité de recevoir des concubins a été abolie par le Code civil.

Comp. notre Introduction, section III, § 2 et les auteurs cités, p. 81, note (1).

(2) V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, par A. Trasbot, n. 174 suiv., n. 256.

par le père naturel de l'enfant, était un témoignage d'affection véritable et la récompense de services rendus par la maîtresse (1). Mais, de nos jours, il est admis que la personne réputée interposée ne doit pas être reçue à combattre la présomption en prouvant qu'elle est véritablement bénéficiaire de la libéralité (2).

Ainsi, la jurisprudence a-t-elle pu tirer de l'interposition de personnes tout le parti qu'on pouvait en attendre sans que l'application extensive de l'article 911 aux enfants naturels ait provoqué la moindre discussion (3).

---

(1) V. notamment Amiens, 6 flor. an XII, Fayart c/ femme Hallate, S. et P. chr.

(2) Civ., 30 janv. 1883, D. 1883.1.201, S. 1883.1.193, note Labbé; Civ., 22 janv. 1884, D. 1884.1.117, S. 1884.1.277; Orléans, 5 février 1885, D. 1886.2.166; S. 1885.2.152.

Cependant : Paris, 6 mai 1854, D. 1856.2.240, S. 1854.2.537; Paris, 30 janvier 1855, S. 1855.2.267.

En ce sens : Planiol, Ripert et A. Trasbot, *Traité pratique*, p. 262, n. 257.

(3) V. Chabot, ouv. précité, t. I, « Dons entre concub. », n. 3; Demolombe, t. XVIII, n. 566; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 29; Bedel, ouvr. précité, n. 192 suiv.

En ce sens, Poitiers, 2 juin 1808, Chedreau, S. et P. chr.; Angers, 13 août 1806, et 19 janv. 1814, Gaudin, S. et P. chr. et R. 274; Trib. St-Jean-d'Angely, sous Cass. 1er août 1827, Malterre, S. et P. chr. (la Cour de Poitiers, en appel, et la Cour de Cassation ont déclaré nulles les reconnaissances d'enfants); Lyon, 25 mars 1835, Trollion, S. 1835.2.241, S. et P. chr.

Par une réminiscence, les plaideurs ont parfois soutenu à l'inverse que l'enfant d'une concubine était personne interposée par rapport à sa mère. Les Tribunaux ne l'ont jamais admis car ç'eût été restaurer l'incapacité de l'ordonnance de 1629. « Attendu, dit le Trib. de Rouen, *que la première question à résoudre est celle de savoir si, dans l'état actuel de la législation, les dons entre concubinaires sont, ou non, frappés de nullité; qu'en effet, l'interposition de personnes*

Rien n'empêcherait, aujourd'hui encore, les juges d'appliquer cette jurisprudence dans la matière des libéralités entre concubins ; l'interprétation large de l'article 911 est toujours admise (1) ; mais on a imaginé depuis lors des procédés plus commodes tendant à leur annulation; aussi n'utilise-t-on plus guère l'interposition de personnes dont on a vite reconnu toutes les imperfections.

Cette présomption, conçue par le législateur, dans une pensée d'hostilité à l'égard des enfants naturels ne pouvait effectivement, si on la détournait de son but primitif, rendre que des services limités. En fait, il n'était pas possible d'invoquer l'article 911 contre les amants quand ils n'avaient pas reconnu leurs enfants naturels, dans la plupart des cas de filiation adultérine ou incestueuse puisque la reconnaissance en était, pour ainsi dire, rendue impossible ; le moyen tiré de l'article 911 ne jouait guère, en pratique, que contre les mères d'enfants naturels simples et la jurisprudence, en l'utilisant, frappait, en somme, les concubines les plus dignes de pitié et de sollicitude (2).

---

ne peut jamais être que l'objet d'un examen de second ordre, puisqu'elle suppose nécessairement, et avant tout, une incapacité reconnue dans le donataire présumé » ; V. sous Rouen, 8 janvier 1827, Solhard, S. et P. chr., R. 269; Cass., 30 déc. 1829, S. 1830.1.204, Perethon, S. chr. ; Montpellier, 13 fév. 1829, S. 1830.2.13.

(1) Planiol et Ripert, t. V, par A. Trasbot, n. 256; Civ., 22 janvier 1884, D. 1884.1.177 et S. 1884.1.227; Dijon, 26 décembre 1883, S. 1884.2.163; Orléans, 5 février 1885, D. 1886.1.166, S. 1885.2.152; V. cept. Req., 28 mai 1878, D. 1878.1.401, note Ch. Beudant.

(2) Une difficulté aurait pu se poser en cas de reconnaissance postérieure à la libéralité. Jurisprudence flottante : elle a d'abord décidé que l'article 911 ne devait pas s'appli-

(§ 2) *FRAUDE AUX DROITS DE LA FEMME OU DES HERITIERS RESERVATAIRES*

La jurisprudence actuelle offre, à l'inverse, de nombreux exemples de femmes mariées ou d'héritiers réservataires, intéressés à établir la simulation d'actes qui répondent au double but, dans la pensée des concubins donateurs, d'avantager leurs maîtresses tout en portant atteinte à des droits reconnus par la loi.

Un amant marié, ou ayant des héritiers réservataires ne peut, sans violer les dispositions légales, pousser sa générosité au-delà de la quotité disponible ou des droits que sa femme tient en vertu de son régime matrimonial.

*
* *

En ce qui concerne les héritiers réservataires, du moins, on pouvait se demander s'il fallait leur reconnaître le droit d'exercer une action en simulation quand l'acte de leur auteur avait pour but de masquer une donation portant atteinte à leur réserve. On aurait pu songer à leur refuser cette possibilité, en faisant observer qu'ils avaient déjà l'action en réduction et qu'au surplus, leur droit ne devenant définitif qu'à la mort du gratifiant, se trouvait ne prendre naissance que postérieurement à l'acte simulé.

---

quer, Req. 28 mai 1878, D. 1878.1.401 ; note Beudant, S. 1879.1.337, note Labbé. La jurisprudence plus récente s'est fondée sur l'idée de rétroactivité pour adopter la solution contraire. Req. 30 janv. 1883, D. 1883.1.201 et S. 1883.1.193, note Labbé.

Ces considérations ne l'ont pourtant pas emporté. Il convient de remarquer, en effet, que lorsque les héritiers réservataires invoquent le caractère fictif d'un acte déguisé sous forme d'un contrat à titre onéreux, il faut bien leur donner le moyen de faire tomber cet acte, en prouvant la simulation, et de faire apparaître, derrière le déguisement, la donation qui a porté atteinte à la réserve; il faut noter, en outre, que le moment à partir duquel le droit des héritiers réservataires est devenu définitif importe peu car si l'action paulienne ne peut, en principe, être exercée par les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux (1), la doctrine et la jurisprudence admettent que l'action en simulation peut l'être même par des personnes dont le droit a pris naissance après l'accomplissement de l'acte attaquable (2). En soutenant qu'un acte porte atteinte à sa réserve, l'héritier agit en vertu d'un droit propre ; il peut donc exercer l'action en simulation contre l'acte passé en fraude de ses droits.

La Chambre Civile a tranché dans ce sens, le 11 avril 1927, ces deux points de droit, contrairement à l'arrêt attaqué de la Cour de Paris, rendu le 8 avril 1924 (3).

Par la voie de l'action en déclaration de simulation, la jurisprudence est ainsi parvenue à faire tomber de

---

(1) Req. 30 mai 1905, motifs, S. 1906.1.512.

(2) Civ. 2 avril 1924, S. 1927.1.261. — Aubry et Rau, t. IV, § 313, n. 240. — Planiol et Ripert, t. II, n. 1203. — Colin et Capitant, t. II, p. 64. — Baudry-Lacantinerie et Barde, oblig., t. I, n. 733. Comp. Paris 24 juillet 1928, S. 1929.2.97, et la note Charlotte Béquignon.

(3) Cass. civ., 11 avril 1927, S. 1927.1.262 et D. 1929.1.25, note Paul Pic; Cass. Civ., 2 avril 1924, S 1927.1.261; Cass. req., 11 décembre 1918, S. 1921.1.308; Planiol et Ripert, t. II, n. 1198 in fine; Aubry et Rau, t. I, § 35.

nombreuses donations consenties à des concubines et faites en fraude des droits reconnus aux femmes mariées et aux héritiers, sur la communauté et sur la réserve, par des textes impératifs. Ainsi a-t-on vu les Tribunaux déclarer recevable l'action d'une veuve qui prétendait que la concubine de son mari décédé avait figuré dans l'acte de vente notarié par lequel elle avait acquis un domaine, comme prête-nom du défunt et pour la frustrer de ses droits sur la communauté (1).

---

(1) Cass. Civ., 8 novembre 1926, S. 1926.1.42 et gaz. pal. 1927.1.24.

V. encore Bruxelles, 19 février 1823, S. et P. chr. et R. 264, 5°. Comp. Paris 24 juillet 1928, S. 1929.2.97 et la note Charlotte Béquignon : il s'agissait, en l'espèce, d'une vente par un nommé Piat à sa servante, de tous les meubles meublants dépendant de la communauté existant entre lui et une dame Bechdolff, son épouse. L'acheteuse devait entrer en possession des choses vendues après la mort du vendeur. La dame Bechdolff l'assigna (ainsi que les héritiers de Piat), en vue de faire prononcer l'annulation du contrat qu'elle qualifiait à la fois de *donation déguisée et d'aliénation frauduleuse*. L'arrêt a décidé qu'il n'y avait pas libéralité pure et que l'article 1422 ne s'appliquait pas, mais qu'il était néanmoins possible d'utiliser l'action paulienne pour attaquer l'acte.

Cass. Civ. 30 nov. 1896, Grégoire, D. P. 1897.1.449, note L. S. (donation déguisée en faveur d'une femme mariée et en dehors de l'autorisation du mari) : « Considérant qu'en adoptant, de concert avec Gauche, la forme d'une vente pour dissimuler une donation dont, à raison de ses relations avec le donateur, elle avait lieu de penser que ni son mari, ni les tribunaux n'autoriseraient l'acceptation, la femme Dromer a voulu faire fraude à la loi et faire échapper cette libéralité au contrôle auquel elle devait être soumise et à la nullité absolue dont elle eût été frappée si elle avait été faite de façon directe ou ostensible ; — Par ces motifs, dit nulle et de nul effet... la donation déguisée. »

Ils ont admis de la même façon l'action intentée par des héritiers réservataires pour faire annuler comme simulée une société constituée par le *de cujus* ; il était avéré, dans l'espèce, qu'il avait fait apport d'une agence de cession de fonds de commerce, alors que la société n'avait pas, en fait, reçu d'autres apports et que son fondateur avait eu pour but de gratifier sa concubine de la majorité des actions créées (1).

*
* *

De la notion de simulation ainsi entendue, la jurisprudence tire donc des conséquences bien différentes de celles dégagées par elle au début du siècle dernier.

Or nous avons vu que l'utilisation de l'idée d'interposition de personnes, c'est-à-dire de la simulation portant sur le nom du gratifié et non de celle qui vise la nature de l'acte, avait donné des résultats si imparfaits que les Tribunaux avaient plus ou moins renoncé à s'en servir. L'action en déclaration de simulation a, de nos jours, en notre matière, un domaine d'application restreint mais peu compressible, car elle présente

---

(1) Cass. Civ., 11 avril 1927, précité.

Dans une affaire jugée récemment, la Chambre civile (11 avril 1932, gaz. pal. 1932.2.149. Vve Colombon), contrairement à la Cour d'Aix, en appel, a paru abandonner sa propre jurisprudence en décidant que les donations déguisées, consenties par le donateur à sa concubine devenue sa seconde femme et indiquant clairement la résolution, chez leur auteur, de l'avantager au détriment de ses enfants légitimes, étaient nulles comme ayant une cause illicite. Mais il faut noter que, dans cette espèce, aucune preuve n'était rapportée que les donations suspectes avaient porté atteinte à la réserve. Il était si simple, par contre, d'utiliser la notion de cause.

certains avantages propres ; s'il est malaisé de déterminer les hypothèses où elle est recevable sans que la cause des actes soit, par le fait même, immorale (1), il faut toutefois noter qu'elle permet d'éviter l'application de la règle : *nemo auditur...*, qu'elle est plus large que l'action en réduction et permet de faire tomber l'acte frauduleux dans son intégralité. Mais elle ne constitue, elle aussi, qu'un moyen indirect, partiel, limité à certaines catégories de concubins. Comme l'interposition de personnes, elle est, de plus, subordonnée à des conditions assez rarement réalisées ; elle suppose le déguisement, la fraude et la violation de certains droits reconnus par la loi.

Section II

Des libéralités atteintes à raison d'un vice du consentement; captation

Dès lors, il paraissait naturel de faire appel, pour annuler les libéralités entre concubins, à la théorie des vices du consentement. Ce moyen permettait d'atteindre tous les amants gratifiants dont la volonté pouvait être suspectée. Il présentait, en outre, cet avantage d'être d'un secours fréquent. En raison du dynamisme passionnel que l'état de concubinage est propre à créer, de l'enchevêtrement des intérêts qu'il implique et des calculs intéressés qui l'accompagnent, on doit s'attendre à un contingent inaccoutumé d'actes de libéralités viciés par la violence ou par les manœuvres dolosives.

(1) Cass. Civ., 11 avril 1932, précité.

(§ 1) *VIOLENCE*

On a parfois soutenu qu'en matière de libéralités, la violence susceptible de vicier le consentement pouvait être moins grave qu'en matière d'actes à titre onéreux. Cette conception conduirait à apprécier avec une sévérité singulière les donations intervenues en temps de concubinage. On l'a croyons-nous, justement critiquée (1).

Remarquons tout de suite que l'intérêt de la question est uniquement de fait et ne concerne que le pouvoir d'appréciation du juge du fond; or, même à cet égard, il est difficile de soutenir que les Tribunaux eussent statué autrement dans l'hypothèse jugée par la Cour de Bordeaux, en 1860, si, au lieu d'un legs, il se fut agi d'un acte à titre onéreux conclu par un moribond, en présence et sur les interpellations d'une concubine irascible, qui s'était déjà livrée à des voies de fait accompagnées de menaces de mort sur la personne de son pitoyable amant (2). En réalité, tous les cas d'annulation de dons ou de legs à des concubines pour cause de violence que nous offre la jurisprudence sont suffisamment graves pour entraîner, à l'occasion, l'anéantissement d'actes onéreux. Sur quoi peut-on se baser pour prétendre, en effet, qu'un contrat commutatif ne serait pas annulé par nos Tribunaux s'il avait été conclu *sous la menace de révélations à une fiancée,*

(1) La conception traditionnelle a été soutenue par AUBRY et RAU, t. X. § 654, et critiquée par PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique,* t. V, par A. TRASBOT, n. 186, p. 194.

(2) Bordeaux, 8 mai 1860, D 1860.2.129 ; S. 1860.2.43 et P. 1861.823, Hér. Fieffé de Liévreville.

ce qui paraît bien être le cas-type de la violence appliquée à notre matière ? (1).

Mais les actes suspects d'être le fruit de la violence demeureraient pleinement valables, la contrainte serait licite si la concubine bénéficiaire de la disposition poursuivait, en réalité, le paiement de son dû. Il n'était pas inutile que la jurisprudence rappelle ce principe quand la jeune fille avait écrit des lettres véhémentes pour obtenir de son séducteur la promesse d'une rente viagère et usé ainsi, dans une certaine mesure, de la contrainte pour obtenir la transformation de son obligation naturelle en obligation civile (2).

---

(1) V. en ce sens, Trib. Seine 21 nov. 1893, gaz. pal. 1893-2-604; Paris, 23 février 1912, Dlle Gicquel, gaz. pal. 1912.2.230 et gaz. Trib., 1er sem. 2.233; Rev. Droit Civil 1912, p. 975; Limoges, 23 avril 1901, D. 1902.2.474; Comp. Bordeaux, 14 août 1876, ss. Req. 15 juillet 1878, S. 1879.1.393, note Labbé ; D. 1879.1.22; 6 avril 1903, gaz. pal. 1903.1.728.

Trib. Seine, 5 décembre 1890, Pand. fr. 1891.2.152 (donation par une concubine affaiblie par les excès alcooliques et préoccupée par l'approche de ses couches).

Amiens, 1er décembre 1881, D. P. 1882.2.117 (billet souscrit sous l'empire d'une menace de scandale de la part de la mère de la concubine).

V. encore Demogue, article sur la « violence comme vice du consentement », Rev. trimestrielle 1914, p. 435 suiv.

(2) Trib, Seine, 5 avril 1913, gaz. trib. 1913, 2e sem. 2.142. V. Rev. trim. 1914, p. 123. Comp. Demogue, article précité.

(§ 2) *MANŒUVRES DOLOSIVES ; SUGGESTION*

Il ne faut pas, au reste, s'exagérer la fréquence des dispositions infectées par le vice de violence. Il s'agit essentiellement d'un moyen pouvant permettre l'annulation, dans des cas exceptionnels, de libéralités obtenues par des procédés particulièrement odieux. Les faux-ménages sont fréquemment à l'image des unions régulières ; ceux où l'on se bat et où l'on use de la contrainte morale pour se faire avantager sont tout de même rares ; à tout le moins, la crainte inspirée n'est pas, le plus souvent, jugée suffisante (1) pour infecter la disposition attaquée.

Il est beaucoup plus facile, pour les amants intéressés, de recourir insidieusement aux *manœuvres dolosives* sous la forme particulière de *captation et de suggestion* qu'elles revêtent en matière de libéralités ; d'utiliser, en somme, la passion qu'ils inspirent, pour créer, chez le gratifiant, la haine de ses proches et faire naître à leur profit, une affection fondée sur des causes factices.

Plaideurs et juges, poursuivant les uns et les autres l'annulation, ont compris très vite le bénéfice qu'ils pourraient retirer du moyen de captation ou de suggestion.

*
* *

Certains Tribunaux ont été très loin dans cette voie; ils ont semblé perdre de vue qu'il ne s'agissait au fond que du dol envisagé dans les libéralités, que la sugges-

(1) V. Rennes, 7 mars 1904, S. et P. 1907.2.241 et D. 1905.2.305.

tion comme la captation sont régies par l'article 1116 C. Civ qui exige la pratique de manœuvres. Ils ont paru soutenir que *le concubinage constituait une présomption de cette captation ou de cette suggestion.* Dans cette conception, il eût suffi de faire la preuve du concubinage pour obtenir l'annulation de la libéralité.

Si nous examinons pourtant les décisions qu'on a citées dans ce sens, nous nous apercevrons que, quelle que soit l'importance parfois attachée au fait du concubinage, on n'a jamais, en réalité, entendu en faire une présomption véritable de captation. L'arrêt de la Cour de Paris du 31 janvier 1814 lui-même précise que dans l'espèce « *il n'est point question de présomption uniquement, qu'il est question de preuve...* », que dans la cause, à cet égard « on trouve réuni dans le sens le plus propre, *et avec des caractères qui peut-être ne se sont jamais rencontrés au même degré, tout ce que les jurisconsultes ont qualifié par les noms de captation et de suggestion* »; cet arrêt ne manque d'ailleurs pas de relever les véritables manœuvres dolosives auxquelles avait donné lieu la rédaction du testament d'une fille de 34 ans, faible d'esprit, en faveur de son jeune amant, âgé de 17 ans (1). Que si la conception de la

---

(1) Paris, 31 janvier 1814, Lefebvre, S. chr. et D. Rép., v° disp. entre vifs et test^res^, n. 250; « l'état de concubinage... état où la passion aveugle, où l'âme subjuguée par un sentiment impérieux n'est plus à soi et où les docteurs, lorsqu'il s'agit de donations faites par les concubins l'un à l'autre, ont unanimement reconnu non seulement un motif et un moyen, mais l'indice le plus violent et une présomption légitime de séduction; qu'au reste, *il n'est point question de présomption uniquement, quelle qu'en soit la nature* ». L'allusion aux docteurs et à l'opinion professée par eux se rapporte, semble-t-il, à l'Ancien Droit. Dans l'espèce, la

Cour de Paris avait été vraiement d'établir une présomption fondée sur l'état de concubinage, il faudrait la critiquer vigoureusement, car il y aurait *moins une simple ressemblance* qu'une *identité complète* entre cette prétendue présomption et l'ancienne incapacité de recevoir, fondée elle-même sur la captation. Ce serait violer ouvertement le Code Civil (1) et la jurisprudence en général, ne s'y est pas trompée (2).

Ainsi les héritiers ne pourront-ils pas attaquer le testament de leur auteur en se fondant sur les seules relations de concubinage qu'il aurait entretenues de son vivant. Il est permis de douter, par voie de consé-

---

captation se présentait même avec son sens originaire; le jeune homme qui ne possédait rien avait lui-même testé en faveur de sa maîtresse pour l'engager à user de réciprocité.

(1) V. pourtant, Rémi Bidon, *De la suggestion et de la captation,* Thèse, Paris, 1924, p. 89. Cet auteur admet que le « concubinage pourrait être considéré comme une présomption de captation ». Cette opinion paraît bien être isolée. V. Merlin, Répertoire, v° Concubinage, n. 3; Demolombe, t. XVIII, n. 396; Laurent, t. XI, n. 136; Planiol et Ripert, t. V, par A. Trasbot, n. 188, p. 198, note 3.

(2) V. notamment, Pau 20 mars 1822, Laclède, S. chr., R. 270. « Qu'admettre des faits de suggestion et de captation tels que ceux proposés par Laclède fils et qui dérivent du concubinage allégué, ce serait, indirectement, introduire dans notre législation une incapacité que les auteurs du Code Civil ont voulu exclure ».

Paris, 17 juillet 1826, Hil., S. et P. chr., R. 269 : « Considérant que l'exception de concubinage est insuffisante pour établir la captation », et Grenoble, 15 juin 1822, Dunand, S. et P. chr., R. 270, 1°.

quence, qu'ils puissent être admis à faire une preuve inutile et frustratoire (1).

*
* *

Mais il est évident que le concubinage pourra constituer un élément de captation si le testateur a réellement été entouré de manœuvres dolosives et trompé par des allégations mensongères, s'il est établi, en outre par les héritiers que le gratifiant eût disposé, en toute liberté, autrement qu'il ne l'a fait. Il s'agit, au premier chef, d'une pure question de fait, appréciée souverainement par le juge du fond. Suivant les Tribunaux, le concubinage pourra donc être considéré comme un élément de captation des plus graves ou, au contraire, comme un événement quasi-insignifiant.

Dans cette appréciation mouvante des faits, il est pourtant une règle fixe dont la jurisprudence ne saurait

---

(1) Pau, 20 mars 1822, précité; Grenoble, 15 juin 1822, Dunand, S. et P. chr., R. 270, 1° ; Paris, 17 juillet 1826, Hil, précité; Liège, 11 avril 1829, R. 270 et Pasier, 1829, p. 141 ; Agen, 7 mai 1851, Dèche, D. 1853.5.163, P. 1851.2.427 et S. 1851.2.273; Dijon, 3 février 1863, Dufour, D. P. 1863.2.53; Rouen, 27 juin 1874, D. P. 1875.2.190, Lormier; Toulouse, 28 avril 1880, Rivière, S. 1882.2.222 — Cass. req., 16 juillet 1885, D. 1886.1.289, Favreau ; Amiens, 8 février 1888, Assailly, S. 1888.2.167 ; Lyon, 25 mai 1900, Mon. jud. Lyon 4 oct. 1900; Toulouse, 22 décembre 1897, gaz. trib. Midi 6 fév. 1898 — Trib. civ. Perpignan, 21 mars 1900, Loi 10 juillet 1900 (Ces 3 décisions : gaz. pal. 1897-1902, Capac. disp. recev. 40, T. Q.).

Toulouse, 25 juin 1900, D. 1901.2.313; Lyon, 20 juillet 1900, D. P. 1903.5.242; Trib. civ, Marseille, 25 nov. 1925, Magnaldi, gaz. pal. 1926.1.138; Cass. req. 21 juin 1926, Kirsch, S. 1926.1.294; Colmar (ch. détachée à Metz), 18 oct. 1929, D. 1931.2.94, Oudin; Trib. civ. Seine, 4 avril 1932, Rec. mensuel, gaz. pal. déc. 1932 et gaz. trib. 2-4 octobre 1932.

s'écarter sans encourir, croyons-nous, le contrôle de la Cour de Cassation : la fraude, que les relations de concubinage ont favorisée, doit être appréciée en dehors de cette situation ; les magistrats ne doivent tenir aucun compte, en dehors des manœuvres blâmables, de l'influence naturelle d'un des concubins sur l'autre (1). Le concubinage seul est aussi insuffisant que les infirmités, l'âge avancé, la simple faiblesse d'esprit (2) à établir la captation. Il facilite seulement la tâche des héritiers quand ils veulent prouver et les manœuvres dolosives et le manque de résistance du *de cujus* à la pression exercée sur sa volonté débile (3). Les manœuvres les mieux ourdies, les artifices les plus coupables, les calomnies, le fait, par une maîtresse,

(1) V. notamment Dijon, 13 février 1863, précité; Planiol et Ripert, t. V, par A. Trasbot, n. 188, p. 198, note 3 précitée.

(2) Il convient de rapprocher des manœuvres dolosives au point de vue de l'effet sur les libéralités entre amants, *l'insanité d'esprit* (art. 901) qu'on a parfois invoquée pour faire annuler ces dispositions. V. Delpech, étude citée. La puissance de la *passion amoureuse* serait telle que le testateur serait littéralement aveuglé. Par cette voie, la captation se trouverait réalisée. A la rigueur, on aurait pu se fonder sur l'art. 901 comme sur l'art. 1116 pour établir la prétendue présomption de captation. Mais l'insanité d'esprit provoquée par le concubinage est des plus rares. V. Paris, 28 nov. 1840, R. 273.

(3) Dans ce sens : Merlin, *Répertoire*, v° « Concubinage », n. 2; Chabot, *Quest. transit.*, v° Cité, n. 3 ; Grenier, t. I, n° 148; Vaseille, art. 901, n. 17; Guilhon, t. I, n. 213 et s.; Duranton, t. VIII, n. 242; Troplong, t. II, n. 568; Saintespés-Lescot, t. I, n. 160; Pont, *Rev. critique*, t. I, p. 589; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, § 418, Demante, t. IV, n. 29 *bis;* Bertauld, *Philosophie politique de l'histoire de France*, p. 200-203; Demolombe, t. XVIII, n. 396 et 566; Laurent, t. XI, n. 136; Aubry et Rau, t. IV, § 654, et t. VII,

d'éloigner la fille de son amant, vieux et malade, de lui faire croire que ses enfants ne l'aiment pas, attendent sa mort ou vont changer de religion pour imiter sa susceptibilité religieuse (1) ; à plus forte raison, les soins donnés, les témoignages d'affection sincère, l'administration du ménage du testateur par une maîtresse apparemment dévouée seraient insuffisants pour obtenir des Tribunaux l'annulation du testament d'un homme intelligent, équilibré et de volonté énergique. Le Droit n'a pas à se préoccuper de la simple indélicatesse de procédé quand, au surplus, elle ne nuit à personne. Et, dans le doute, le principe de la liberté de tester doit être respecté, l'intérêt des héritiers sacrifié.

*
* *

Il ressort de nos développements que l'annulation des libéralités entre concubins est loin d'être toujours réalisée par le moyen de captation ou de suggestion, car,

---

§ 649; Planiol, *Rev. critique,* 1888, p. 706; C. Civil annoté par Fuzier-Herman, sur l'art. 901, n. 89 et s.

Rev. trimestrielle 1902, p. 440, observ. sur les faits constitutifs de la captation.

Planiol, Ripert et A. Trasbot, *Traité pratique,* tome V, n. 188 précité. Comparez R. Bidon, th. précitée, p. 87 s.

(1) La jurisprudence est dans le même sens que la doctrine; aux décisions citées p. 106, note 3, ajoutez : Bruxelles, 21 nov. 1837, *pasier,* 1837.2.243 et R. 256; Grenoble, 30 avril 1858, Cagnet, D. 1858.2.164; Nîmes, 30 juin 1869 (sous req. 17 juill. 1871), S. 1871.1.67 et D. 1872.1.37; Cass. req., 16 juill. 1885 (et Poitiers, 18 mars 1885), Favreau, D. 1886.1.289; Paris, 14 novembre 1894, Déliot, D. P. 1895.2.115; Toulouse, 26 juin 1899, Cibiel, D. 1899.2.341; Toulouse, 25 juin 1900, D. 1901. 2.313, Pand fr. 1902.2.129, note Mérignhac; Rouen, 19 mars 1907, Rec. Rouen 1907, 117 et gaz. pal., T. Q. 1907.12, capac. de recevoir, 36; Nîmes, 7 mai 1917, gaz trib. 1917.2.538.

dans notre Droit, les relations sexuelles ne constituent pas une présomption de captation. D'ailleurs, la pratique a depuis longtemps montré qu'il ne s'applique guère qu'à la matière des testaments et que la preuve des manœuvres dolosives sera difficile à administrer si l'amant gratifié est habile et sait jouer son jeu.

Susceptible d'être utilisé contre tous les concubins quelle que soit leur situation juridique, le moyen de captation n'en est pas moins limité, étroit, partiel en ce qu'il ne peut pas être, en fait, employé indistinctement contre tous les actes à titre gratuit. Ce caractère fragmentaire est commun à tous les procédés de lutte mis en œuvre par la jurisprudence, dont la cause est étrangère ou tout au moins distincte du concubinage. Du moment qu'on cherche la raison de l'annulation d'un acte dans les circonstances variées et confuses qui l'ont entouré, on s'expose à des lacunes. Les événements de dol ou de fraude, de violence peuvent être absents et la donation n'en être pas moins immorale. Ils ne constituent, tout au plus, que des palliatifs employés par une jurisprudence empirique sous l'empire de la nécessité. En l'absence de texte portant prohibition des libéralités entre amants, un système répressif complet et efficace doit envisager *l'analyse de l'acte attaqué, la recherche de sa nature intime, la coloration morale de sa cause ou de ses motifs. En un mot, le juge doit essayer de trouver dans le don ou dans le legs même sa raison d'être annulé.*

CHAPITRE II

Des libéralités atteintes à raison de leur objet ou de leur cause

Nous nous occuperons désormais des libéralités faites sans fraude et sans dol. Nous supposerons que les amants n'ont aucunement cherché à porter atteinte aux droits reconnus, par la loi, de la femme mariée ou des héritiers réservataires et que le gratifiant n'a pas été victime de coupables manœuvres.

Que va faire la jurisprudence devant le silence de la loi ? Validera-t-elle indistinctement toutes les libéralités entre concubins, non frauduleuses ou non dolosives? S'attachera-t-elle, au contraire, à dégager de l'acte même un élément suffisamment général, commun à tous les dons et à tous les legs, voire à tout *negotium*, et susceptible d'infecter les dispositions immorales ? L'empirisme, nécessité par l'absence de texte, va-t-il jouer *pour ou contre* les libéralités entre concubins ?

Le jeu des moyens indirects ne permet pas d'écarter indéfiniment l'intérêt de prendre parti sur le problème de la validité de ces dons, indépendamment de toute circonstance étrangère à l'acte et de rechercher un

critérium permettant de déterminer quand l'invalidité devra être prononcée.

*
* *

De bonne heure, on a songé à utiliser *l'intention* qui a conduit le disposant à gratifier, et les *mobiles* qui l'ont déterminée. Il est certain qu'elle fait corps avec l'acte juridique et que tout effort tendant à dissocier l'intention libérale du don ou du legs serait vain. Dans ce sens, on peut dire que la doctrine et la jurisprudence allaient tendre *à trouver dans la libéralité même la raison de son annulation,* et à rejeter au second plan les circonstances étrangères. Elles allaient présenter une valeur juridique propre.

L'emploi de la notion de cause n'était cependant pas sans provoquer d'hésitation.

Une première difficulté, à vrai dire, était loin d'amoindrir l'utilité qu'on pensait retirer de son usage. Cette difficulté apparaît immédiatement, si on se décide à tenir compte aussi des motifs qui ont donné naissance à l'*animus donandi* et qui le colorent, car on peut se demander si le mobile n'est pas extrinsèque par nature, aussi extérieur à l'acte que le vice du consentement lui-même et s'il n'y a pas lieu de confondre l'étude des vices du consentement et celle des mobiles, au lieu de les séparer.

Or, il convient de noter que les motifs peuvent être vicieux en eux-mêmes ou que leur altération peut précisément provenir de la captation par suggestion ou violence. Ainsi, la distinction se justifie. C'est dans l'acte lui-même, dans l'intention du gratifiant ou tout au moins dans les mobiles de son intention libérale, indépendamment de toute circonstance étrangère proprement dite, que va être recherché le critérium de la validité des libéralités entre concubins, en dehors des

mobiles « qui ont été pervertis, infectés sous une influence pernicieuse » ; car « ils ne sont pas *vicieux* du moins chez celui qui en subit l'emprise, mais ils ont été *viciés* ; il y a eu maldonne ; le mécanisme de la volonté a été déclenché malencontreusement ; les ressorts en ont été faussés, de telle sorte que l'impulsion a été défectueuse » (1). Tandis que la cause, ainsi que l'écrit encore M. Josserand, quelque idée qu'on s'en fasse, « affecte l'aspect d'un acte de volition, d'un phénomène d'ordre intellectuel ». Aussi, cette notion s'oppose-t-elle, en définitive à l'objet « qui forme la matière de l'engagement » (art. 1108) comme « dans une thèse plus générale, s'opposent le monde extérieur et le monde interne, le *moi* et le *non-moi* » (2).

Que la doctrine et la jurisprudence s'emparent de l'intention libérale ou des motifs *vicieux* pour en tirer ce qu'on a pu appeler « *un moyen technique d'annulation* » (3) des dispositions entre concubins, c'est toujours au concept de cause qu'elles se réfèrent. La seconde difficulté paraissait plus sérieuse. La notion de cause présentait-elle bien, en réalité ces *caractères essentiels* dont on s'était rapidement avisé qu'ils pouvaient être utiles à la création d'un système de répression complet et efficace ? Sans doute résultait-il de l'article 1133 C. Civ. que la cause pouvait être illicite, et qu'elle le devenait, non seulement quand elle était prohibée par la loi, mais encore quand elle s'avérait « contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public » ;

---

(1) Louis Josserand : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, 1928, p. 44, n. 29.

(2) Ouvrage précité, p. 141, n. 108.

(3) Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations*, page 42.

sans doute aussi, était-il admis que cette notion est universelle, en ce sens qu'elle se retrouve dans tout *negotium* ; mais l'article 1131 C. Civ. en énonçant que « *l'obligation* sans cause, ou sur fausse cause, ou sur cause illicite, ne peut avoir aucun effet » ne traduisait malheureusement pas ce caractère d'universalité. D'ailleurs, les termes de ces articles 1131 et 1133 C. Civ. restaient largement compréhensifs en ce qu'ils visaient toute obligation contraire à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public et leur extension aux donations entre vifs, sinon aux legs, n'était guère discutée.

Ces difficultés d'interprétation n'en ont pas moins contribué, autant peut-être que le problème ardu de savoir si la cause des libéralités s'identifiait avec l'*animus donandi* ou avec les motifs (1), à la propagation, dans une partie de la doctrine, de cette idée que les dons et legs entre amants devaient être annulés à raison du caractère immoral de leur objet par l'application de l'article 6 du Code Civil et retardé, en jurisprudence, l'usage que, de bonne heure, on avait compté faire de la notion de cause.

---

(1) Nous verrons plus loin, en effet, que dans la conception des auteurs qui identifient *cause* et *intention libérale*, on force le sens des art. 1131 et 1133, en tenant compte des simples motifs. D'où l'utilité de s'appuyer sur l'art. 6 qui, dans la pensée de certains, permettrait « d'échapper à la nécessité de prouver que c'est la cause elle-même qui est illicite ou honteuse ». V. note Labbé, sous Cass. Req., 15 juillet 1878, S. 1879.1.393.

Section I

Objet immoral

En portant « qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », en s'abstenant de préciser *dans quel élément* de la convention devait résider la dérogation à l'ordre public ou à la loi morale, l'article 6 s'avérait, semble-t-il, d'un emploi plus commode que les articles 1131 et 1133.

Les auteurs qui se ralliaient à cette conception n'étaient toutefois pas sans se rendre compte qu'en élargissant la portée de l'article 6, ils arrivaient à en forcer le sens. Ils reconnaissaient bien que ce texte subordonnait l'annulation des conventions litigieuses à la violation des lois impératives, mais croyaient se tirer d'affaire en déclarant « qu'en dehors des prescriptions légales, il y a des conventions qu'aucune loi ne réprouve, auxquelles pourtant la sanction judiciaire doit être refusée ». Valette et Laurent ne s'exprimaient pas, sur ce point, autrement que Labbé qui a surtout contribué à propager cette thèse (1).

Dans son ensemble, la doctrine a refusé de suivre les auteurs qui se proposaient de substituer l'article 6 aux articles 1131 et 1133 (2), et la jurisprudence n'a pas davantage été influencée par eux.

---

(1) Voir Labbé, note précitée.

Valette, *Cours de Droit civil*, introd., p. 3 ; Laurent *Principes de Droit civil*, t. I, n. 56. Comp. Planiol et Ripert, Tr. élém., t. I, n. 294.

(2) V. pourtant Duruflé, thèse précitée, p. 59 et suiv. Comp. Albert Walh, note sous Cass. civ., 2 janvier 1907, S. 1911.1.585.

Il n'est même pas nécessaire, pour repousser une telle conception, de se prononcer sur le point de savoir si les libéralités entre concubins offensent l'ordre public et les bonnes mœurs. Pour annuler ces dispositions en vertu de l'article 6, il faudrait supposer établie l'existense d'une loi les prohibant expressément et une pareille supposition est évidemment absurde. L'article 6 ne sanctionne que les dérogations aux prescriptions légales ; « en d'autres termes, écrit M. H. Capitant, l'article 6 proclame la distinction des lois impératives ou prohibitives, et des lois simplement permissives ou dispositives. Il n'a nullement pour effet de frapper de nullité les conventions, qui sans violer *aucune prescription déterminée,* sont cependant immorales ou contraires à l'ordre public » (1). L'abbé voulait écarter l'application de l'article 1131 parce qu'il ne le trouvait pas assez large, mais l'article 6 est, en réalité, plus étroit encore en ce qu'il n'est qu'une application de la valeur obligatoire des lois d'ordre public.

---

(1) H. Capitant : *De la cause des obligations,* 1923, p. 222 s., n. 107. Dans ce sens :

G. Ripert : *La règle morale dans les obligations,* 2e éd., 1927, n. 33, p. 42 et suiv.

Louis Josserand : *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé,* 1928, n. 106, p. 137 et suiv. ; Joseph Hamel, *La notion de cause dans les libéralités,* Th., Paris, 1920, p. 354 et suiv. ; v. encore Merlin, v° *Répertoire, Lois et Concubinage* (4e objection) ; Demolombe, I, nos 17-19 ; Aubry et Rau, 5e éd., t. IV, § 345 ; Huc, t. I, n° 1935 ; Baudry-Lacantinerie et Houcques-Fourcade, *Des personnes,* t. I, n. 267 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig.* t. I, n° 309.

Section II

Cause immorale

A défaut de texte prohibant *expressément* et *spécialement* les libéralités qui viennent récompenser des relations sexuelles, c'est dans des dispositions telles que les articles 1131 et 1133 qu'il faudra rechercher le moyen de les annuler. Ces articles, qui visent la cause contraire aux bonnes mœurs, seront précisément ces *lois* que l'article 6 suppose et qui conditionnent sa propre observation (1).

On a quelquefois soutenu, en outre, mais à tort, selon nous que les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, assez compréhensives pour englober toutes les conceptions possibles de morale sociale seraient, dans notre Droit, une source de confusion, de conflits et d'arbitraire si l'on ne se résolvait pas, en définitive, à utiliser l'article 1131 : *en tant qu'il subordonne l'annulation au caractère immoral de la cause et qu'il constitue une application précise et limitée de l'article 6, ce texte serait propre à éviter les abus d'inter-*

(1) On aurait pu songer encore à appliquer à la matière l'art. 1156, d'après lequel « on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Mais il est, depuis longtemps, admis par la doctrine et la jurisprudence que ce texte ne vise que les cas où les termes littéraux de l'acte sont insuffisants à fournir une solution certaine et une interprétation raisonnable de la convention. Il est inapplicable quand il s'agit de rechercher la volonté et l'intention des parties. Comp. J. Hamel, th. précitée, p. 351.

prétation. Mais il ne convient certainement pas de s'exagérer les différences qui résulteraient de l'application simultanée de l'article 6 et de l'article 1131, car ils supposent l'un et l'autre une conception morale. Il est probable qu'en définitive, les juges traduiraient à peu près de la même façon, à l'aide de l'une quelconque de ces dispositions, leurs idées morales dans la réalité de la vie juridique.

Que les auteurs ou les arrêts se rallient, à l'article 6 ou à l'article 1131, il faut bien voir surtout que le fondement de la répression va tendre à changer.

Nous avons montré que, dans l'Ancien Droit, le juge, en annulant les dons entre concubinaires, visait surtout à protéger l'épouse et la famille légitime; sans doute, la prohibition avait-elle trouvé son origine dans les constitutions de l'Eglise, mais, en fait, les mœurs avaient longtemps été indulgentes envers les amants. C'est surtout parce que les libéralités vont être qualifiées « *contraires aux bonnes mœurs* » qu'on les annulera désormais, si tant est que la qualification influe sur la mentalité des juges. L'idée de protection de la famille n'apparaîtra que par surcroît, et cette protection résultera plus de l'annulation qu'elle ne l'aura provoquée. Qu'ils se rallient à l'article 6 ou aux articles 1131 et 1133, il n'en reste pas moins que, dans l'une et l'autre hypothèse, les auteurs et les Tribunaux auront cherché, par la sanction civile, à consacrer la règle morale.

*
* *

Toutes les difficultés ne se trouvent pas écartées du seul fait qu'on se prononce pour l'application des articles relatifs à la cause. Nous avons laissé prévoir que deux grandes tendances s'affrontaient, l'une s'attachant à *l'animus donandi* ; l'autre, aux motifs qui

déterminent cette intention libérale. Mais il ne suffit pas d'avoir montré que tout acte juridique recèle une cause. Encore faut-il qu'une libéralité puisse être annulée pour cause immorale; or il est bien évident que l'intention libérale est toujours moralement incolore, et que seuls les motifs peuvent être inavouables ou répréhensibles. Il appartenait à la jurisprudence de départager les tenants des deux conceptions.

En réalité, nous montrerons comment, malgré leur désir de lutter résolument contre les libéralités entre concubins, les Tribunaux ont longtemps refusé d'admettre une notion de cause faisant appel aux motifs et même des modes de preuve faciles de son caractère immoral.

Sous-section I

Notion de cause immorale

Nous étudierons comment les Tribunaux, se ralliant tout d'abord, en notre matière, à la théorie classique de la cause *animus donandi,* ont réussi néanmoins à appliquer les articles 1131 et 1133 aux libéralités entre concubins, déguisées sous forme de contrats à titre onéreux, en feignant de voir dans ces dispositions de *véritables marchés immoraux.*

Nous verrons ensuite comment la jurisprudence qui avait depuis longtemps utilisé sa théorie de la cause *impulsive* et *déterminante* à l'occasion de certaines catégories de libéralités, l'a finalement étendue à celles qui viennent récompenser un commerce sexuel.

(§ 1) *JURISPRUDENCE FONDEE SUR LA NOTION DE MARCHE IMMORAL*

La question de savoir si les articles 1131 et 1133 devaient s'appliquer aux dispositions entre vifs et testamentaires revenait beaucoup plus, en effet, à se demander s'il pouvait y avoir une véritable cause immorale dans ces dispositions qu'à rechercher si le législateur de 1804 avait entendu les comprendre dans deux articles du titre des *Contrats*. On devait douter de la légitimité de leur emploi, si doctrine et jurisprudence se bornaient à identifier *la cause* et *l'intention libérale*, à ne voir en elle qu'une notion purement abstraite, indépendante de toute contingence.

Cette conception de la cause *animus donandi* se retrouve effectivement à la naissance du Code Napoléon ; elle semblait ressortir de la tradition historique; elle a donc été admise par l'unanimité de la doctrine dans les deux premiers tiers du XIX[e] siècle. Pothier avait écrit que « dans les contrats de bienfaisance, la *libéralité* que l'une des parties veut exercer envers l'autre est *une cause suffisante* de l'engagement qu'elle contracte envers elle » (1), et les rédacteurs du Code avaient suivi sur ce point leur guide habituel. Dans l'*Exposé des motifs* du titre des *Obligations*, Bigot-Préameneu affirmait à son tour que la cause était « dans l'intérêt réciproque des parties *ou dans la*

(1) POTHIER, *Traité des Obligations*, 1[re] partie, ch. 1[er], section 1[re], art. 3, § 6, n. 42, édit. Bugnet, t. 2, p. 24.

bienfaisance de l'une d'elle » (1) et Portalis ne s'exprimait pas autrement à propos du titre de la vente (2).

***

Au lendemain de la promulgation du Code, la doctrine continue à suivre l'enseignement de Pothier ; les difficultés que la jurisprudence commence à rencontrer dans la pratique, ne l'arrêtent pas. Avec ensemble, les auteurs affirment que la cause est distincte des simples motifs, qu'elle se ramène « *à la volonté de conférer un bienfait* », à la seule « *libéralité* ». Tous, pourtant, entrevoient à quelles conséquences une logique rigoureuse va les pousser quand il s'agira de déterminer l'application des articles 1131 et 1133 aux libéralités immorales ; mais ils acceptent les conséquences comme ils ont accepté le principe ; le doute, pour eux, n'est même pas permis ; la question, si on la pose, porte en elle le germe de la réponse, « quant à l'argument qui consiste à dire que de telles libéralités doivent être annulées, comme ayant une cause illicite, aux termes des articles 1131 et 1133, disait encore Demolombe, il est manifeste qu'il confond la *cause* avec les *motifs* ! Est-ce que, en effet, les articles 1131 et 1132 sont applicables aux actes à titre gratuit ? Est-ce que la cause d'un acte gratuit n'est pas, de la part du disposant, la volonté de conférer un bienfait, et cette cause, en soi, est-ce qu'elle est jamais

---

(1) FENET, *Trav. prépar. du Code Civ.*, t. XIII, p. 228; LOCRÉ, *Législ. civile, commerciale, criminelle*, t. XII, p. 325.

(2) FENET, ouvr. précité, t. XIV, p. 47 et 131; LOCRÉ, ouvr. précité, t. XIV, p. 77 et 164 : « on n'a pas voulu priver les hommes du doux commerce des bienfaits... La cause d'un acte de bienfaisance est toujours la bienfaisance même ».

illicite ! » (1). « Il est impossible d'imaginer, dans les donations, une hypothèse où la cause de l'acte de bienfaisance sera illicite, reprenaient plus tard Baudry-Lacantinerie et Barde, les points d'exclamation et les points d'interrogation en moins... il faut donc reconnaître que les articles 1131 et 1133 sont inapplicables aux donations » (2). Le gratifiant peut, par le moyen de sa libéralité, poursuivre un résultat plus ou moins immoral, chercher à récompenser la corruption de sa concubine et à favoriser sa propre turpitude, la cause considérée *in abstracto* ne permettra pas d'annuler; ce ne sont là que les motifs ou, si l'on veut, la *causa remota,* subjective et variable, dont les Tribunaux ne sauraient tenir compte. Telles sont les conséquences de la thèse qui voit dans la cause, une *causa proxima,* un élément abstrait, invariable, débarrassé de toute contingence, une notion purement juridique.

---

(1) Demolombe, Tr. des don. entre vifs et des test. t. I, n. 566.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, Tr. des oblig., t. I, n. 299; comp. Aubry et Rau, 5e éd. t. IV, n. 345 et t. X, n. 651 ; Baudry-Lacantinerie et Colin : Des don., t. I, n. 40 et suiv. ; Bartin : Des conditions impossibles et illicites, p. 369 et suiv.

V. encore : Thiry, Cours de D. Civil, t. II, n. 612; Vigie; Cours de D. Civil, t. II, n. 1141 ; Delvincourt : C. de D. Civil, éd. 1813, t. I, p. 769 et t. II, p. 12 ; Duranton, C. de D. français suivant le Code Civil, t. X, n. 324 s., n. 359 et n. 363.

Confondent cause et consentement, mais repoussent les motifs : Labbé, sous cass. 15 juillet 1878, S. 1879.1.393 ; Laborde, Rev. Gén. du Droit, 1881 ; Timbal, th. Paris 1882, De la cause dans les contrats et les oblig. ; Séfériadès, Etude critique de la théorie de la cause, th. Paris, 1897 ; Huc, Commentaire théorique et pratique du Code Civil, t. VII, n. 106 et suiv.

Nous aurons certes l'occasion de montrer que, sous l'empire de la nécessité, la jurisprudence s'est de bonne heure résolue à annuler des libéralités en vertu de l'article 1131 ; mais bien que les tribunaux se soient avisés, dès le début du XIX^e^ siècle, d'annuler, en usant de cette disposition, les legs purs et simples faits à des bénéficiaires que le testateur avouait être ses enfants adultérins (1), il n'est pas entré dans leur intention de tenir compte de la finalité dans la cause des libéralités entre concubins. A leur égard, la thèse classique subsiste pendant toute la durée du XIX^e^ siècle ; on n'a pourtant jamais douté, dans le même moment, que les dispositions en faveur d'une concubine puissent être annulés en raison de leur cause, malgré le silence de la loi.

*
* *

Auteurs et jurisprudence ont résolu, selon nous, cette apparente contradiction en se fondant sur le *caractère rémunératoire* de la majorité des dons entre amants. Beaucoup tendent à provoquer et prolonger des relations sexuelles, ou à rémunérer des complaisances passées. Certes, ce caractère ne suffirait pas pour obtenir l'annulation car la cause d'une donation ou d'un legs rémunératoire n'est pas, dans la théorie classique, le fait à rémunérer, mais bien le sentiment de bienfaisance (2). Aussi bien, les tenants de cette conception auraient été bien empêchés de soutenir ouvertement que la libéralité entre concubins, en tant

---

(1) Civ. 4 janvier 1832, Pendariès c/ Dugand, S. 1832.1.45 ; Civ. 7 décembre 1840, Benoit c/ hérit. Bernard, S. 1841.1. 140 ; Req. 31 sept. 1860, Pinta c/ Launay, D. P. 1860.1.458 et S. 1860.1.834.

(2) V. notamment DURANTON, t. IX, n. 337.

qu'elle s'avérait rémunératoire, pouvait avoir une cause immorale.

Il n'y a pas de doute, pourtant, qu'on soit, en pratique, parti de là pour annuler ces actes en vertu des articles 1131 et 1133. Il convient de noter, à cet égard, que la distinction entre les actes gratuits et les actes à titre onéreux est moins nette en fait qu'en théorie. A la limite des uns et des autres, la notion de rémunération s'intercale. Comment, dès lors, ne pas être tenté de voir dans certaines libéralités rémunératoires de véritables *contrats commutatifs,* des contrats synallagmatiques *do ut facias* ou l'exécution de conventions *facio ut des,* où la contre-prestation des libéralités prétendues consisterait précisément dans la formation ou la continuation de relations immorales, alors surtout que les amants, soucieux de cacher ces actes à leurs héritiers et à leur entourage, cherchaient naturellement à les déguiser sous forme d'actes à titre onéreux et de billets, évitant aux juges jusqu'à la peine de changer la qualification de leur opération ? Comment ne pas être amené à feindre de voir dans certains dons déguisés entre concubins, le paiement réel des rapports sexuels ? Comment, à la rigueur, — si l'on veut pousser l'idée jusqu'au bout — ne pas être amené aussi à analyser certaines donations en forme et certains legs comme le prix du stupre et à modifier, le cas échéant, la qualification donnée par les parties ?

Ainsi, en arrivait-on, par un détour, à faire application aux dispositions entre amants des articles 1131 et 1133, en transposant préalablement ces dons et ces legs, dans le cadre des actes à titre onéreux. Le fait de qualifier de « *marchés immoraux* » ces opérations, c'était, au fond, chercher désormais à les annuler en puisant dans leurs éléments propres la raison de leur annulation. La nécessité d'un détour prouvait qu'on

ne concevait encore la répression des libéralités entre concubins que sous l'angle des palliatifs et des subterfuges (1).

*
* *

Soit ignorance de la nouvelle législation, soit désir de dissimuler à tout prix aux yeux de leurs successibles, leurs libéralités immorales, toujours est-il que les amants prennent, le plus souvent, soin de cacher ces dispositions sous le manteau des actes à titre onéreux. La matière des *libéralités déguisées* conserva donc, au lendemain de la promulgation du Code, une importance pratique que, dans notre Ancien Droit, l'existence d'une incapacité et la nécessité de l'éluder, avaient suffi à expliquer.

La jurisprudence s'est immédiatement trouvée en présence de billets souscrits par les concubins, causés « *valeur reçue de la dame X..., en argent, services ou reconnaissance* » dont, avec un peu de psychologie, il n'était pas difficile de déceler l'origine. Il arrivait alors à l'amant, une fois soustrait à l'influence de sa maîtresse, de regretter amèrement sa générosité et de s'adresser aux Tribunaux pour demander la restitution des billets souscrits. A son défaut, les héritiers qui n'étaient pas tenus à la même délicatesse actionnaient la concubine en nullité des billets, le fait du concubinage étant, le plus souvent, parvenu à leur connaissance. Il suffisait aux juges, pour annuler, de voir dans

(1) Voyez notamment, sur la matière des donations rémunératoires, Prosper Timbal, 1924, Th. Toulouse ; V. encore l'article de M. Paul Roux, Rev. critique, 1908, p. 111 et suivantes.

ces billets des actes à titre onéreux *sur fausse cause ou sur cause immorale.*

Contrairement à ce qu'on pense parfois, l'origine de la conception qui tend à ne voir dans la plupart des libéralités déguisées entre amants que des marchés honteux se trouve moins dans la doctrine que dans la jurisprudence. Le caractère d'expédient de ce moyen d'annulation décèle d'ailleurs l'ingéniosité de la pratique. De fait, c'est beaucoup moins dans Merlin qu'apparurent les premiers linéaments du système que dans un arrêt de la Cour de Besançon, rendu le 25 mars 1808 (S. et P. chr.) : « ...Attendu, déclarait la Cour, que *les billets ont été le prix des faveurs accordées* par la Verchot au sieur Ebaudy, pendant trois ou quatre ans ; qu'une semblable cause était illicite, comme contraire aux bonnes mœurs, et d'autant plus contraire que le défendeur était engagé dans les liens du mariage ; que conséquemment les billets fondés sur cette cause sont sans effet, suivant la disposition des articles 1131 et 1133 du Code Civil ». Pourtant, cette décision n'apportait pas toute la lumière. Sans doute y trouvait-on cette mention que les billets constituent le *prix* de faveurs immorales, mais il serait encore excessif de prétendre que les juges de Besançon avaient entendu viser l'existence d'un véritable contrat commutatif. Un arrêt de Grenoble, annulant « trois billets évidemment simulés », vint peu après fixer ce point essentiel, en décidant que l'acte était annulé, non en tant que donation, mais bien comme contrat à titre onéreux « considérant, note la Cour, qu'ils (les billets) auraient une cause illicite et contraire aux mœurs, de l'aveu même de Jeanne R. qui voudrait les faire considérer comme une donation et qu'ils doivent être annulés, conformément aux articles 1133 et 1134 du C. Civ.,

— *Considérant qu'ils ne peuvent, dans tous les cas, valoir comme donation* » (1).

Si Merlin n'a pas imaginé de toutes pièces ce moyen d'annulation, on lui doit cependant d'*avoir systématisé les données de la jurisprudence*. S'attachant aux obligations de donner, c'est-à-dire aux promesses de payer, soit un capital, soit une rente perpétuelle ou viagère, il écrit : « *S'il y a preuve spéciale et par écrit que la libéralité a pour cause, soit la récompense de honteuses faveurs précédemment obtenues, soit la condition d'en obtenir par la suite, la donation prenant le caractère d'un contrat commutatif, sera soumise à la règle établie par les articles* 1131 *et* 1133 *du Code Civil et conséquemment sera déclarée nulle* » (2). Longtemps, par la suite, on verra des arrêts reprendre les propres termes de Merlin.

Cet auteur n'a cependant pas donné au système sa forme définitive ; il ne dit pas que les donations entre vifs par lesquelles le donateur se dépouille ouvertement, immédiatement et irrévocablement ne peuvent avoir une cause illicite ; il se borne à faire remarquer que le donateur prouverait vainement avoir gratifié sa maîtresse, sous la condition de poursuivre avec lui les relations intimes, cette dernière ne pouvant manquer de lui opposer l'article 900, aux termes duquel la condition sera réputée illicite et la règle : *nemo auditur...*; il note, en outre, que les héritiers du donateur ne pour-

---

(1) Grenoble, 17 janvier 1812, Roquette (S. et P. chr.). Cet arrêt a, par ailleurs, annulé le legs particulier d'une rente viagère au profit de la concubine du testateur, comme condition contraire aux bonnes mœurs, d'un legs de la quotité disponible, en vertu de l'article 1172 C. Civil.

(2) Merlin : Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5e éd., 1825, t. V, p. 339, sixième objection.

raient être mieux traités que lui, à moins qu'ils ne fussent héritiers à réserve et qu'il ait été porté atteinte aux droits qu'ils tenaient de la loi. Quant aux legs, Merlin dit encore qu'on ne saurait leur appliquer les articles 1131 et 1133 sans en dénaturer le sens. Ainsi, pour les libéralités ouvertes, évite-t-il de prendre parti sur le point de savoir si leur cause peut être immorale.

*
* *

Exception faite des arrêts de Besançon et de Grenoble que nous avons mentionnés, la jurisprudence n'a pas paru empressée d'appliquer, fût-ce au prix d'un détour, les articles 1131 et 1133 aux dons entre concubins. Bien des arrêts rappelant que le législateur avait entendu supprimer l'ancienne incapacité, se résignaient à valider indistinctement les libéralités entre amants (1). Surtout, nous avons eu l'occasion de voir qu'au cours de cette première moitié du XIX[e] siècle, les efforts des Tribunaux ont tendu à créer, en notre matière, une présomption de captation.

Or, vers 1850, l'expérience s'est, dans ce domaine, avérée insuffisante dans ses résultats. La Cour de Riom et la Chambre des Requêtes, à quelques années de distance, justifient à nouveau par l'idée de cause immorale l'annulation de billets et d'une cession de créance, souscrits au cours de relations irrégulières (2).

---

(1) Nîmes, 29 thermidor, an XII, S. 1804.2.543; Cass. 28 juin 1820, S. 1820.1.421.

(2) Riom, 11 août 1846, D. 1846.2.179 et P. 1846.2.458.

Cass. req. 2 février 1853, D. 1853.1.57 et S. 1853.1.428, Labau.

Cet arrêt décide en outre que le porteur d'un effet de commerce qui en a connu la cause illicite, et a colludé avec celui au profit duquel cet effet a été souscrit pour s'en procurer

La jurisprudence de la Chambre des Requêtes manque encore de netteté dans la terminologie. Toute l'incertitude vient, croyons-nous, du fait que les Tribunaux ont dû se trouver fort perplexes. Il s'agissait, pour eux de savoir s'ils devaient, en la matière, confondre *cause* et *motifs* comme ils n'avaient pas hésité à le faire lors du célèbre arrêt Pindariès (1) ou s'ils ne devaient pas plutôt suivre Merlin et les sentiers battus de la jurisprudence qu'il avait systématisée. Une étude attentive des arrêts ne permet cependant pas l'hésitation. L'idée de marché immoral les a, à coup sûr, inspirés. Ce serait sacrifier le fond du droit à la terminologie que de tirer argument du fait que ces décisions paraissent atteindre des billets, des constitutions de rente viagère ou des cessions de créance, au moyen des articles 1131 et 1133, *en tant que libéralités déguisées* (2). Si les juges avaient entendu rompre avec une jurisprudence ancienne, ils s'en seraient, sans doute, expliqués. Au surplus, n'est-ce pas au *pretium stupri* que se se réfère la Cour de Grenoble quand elle parle d'une promesse de rente viagère venant « *salarier* de honteuses complaisances » ? L'arrêt Guillot lui-

---

le montant en le négociant, peut être condamné solidairement avec le bénéficiaire de l'effet à rembourser au souscripteur la somme que ce dernier a été obligé de payer à un porteur ultérieur de bonne foi. On aurait pu en douter à cause de l'adage : *in pari causa, melior est conditio possidentis,* mais, dans l'espèce, la négociation de l'effet dont la nullité était demandée ne pouvait être considérée comme un paiement.

(1) Cass. civ. 4 janvier 1832, S. 1832.1.145.

(2) V. Grenoble, 30 avril 1858, Cagnet, D. 1858.2.164.

V. encore Lyon, 11 janvier 1859, sous Cass. req. 28 mars 1860, Guillot, D. 1860.1.255, S. 1860.1.321 et P. 1861.238.

même, si souvent invoqué en sens divers, ne met-il pas assez en relief le *marché immoral* qu'il dénonce en affirmant, dans ses motifs, qu'une convention peut être annulée si elle a pour cause la formation ou la continuation de relations illicites ?

Dans une conception où il s'agit de *feindre* et pour tout dire de tricher un peu, il est possible que la jurisprudence hésite au moment de qualifier l'acte litigieux; mais elle ne manque pas de mettre en regard l'une de l'autre les *deux contreprestations du pacte,* d'une part, le service immoral, de l'autre, le salaire, le paiement. Il serait arbitraire d'interpréter ces quelques arrêts douteux qui s'intercalent entre 1850 et 1860 indépendamment de ceux qui les ont précédés et de ceux qui les ont suivis; or les arrêts qui ont précédé sont à la base du système de Merlin; ceux qui ont suivi parlent avec moins d'équivoque encore de contrats commutatifs (1).

---

(1) Besançon, 19 mars 1862, Damitio, D. P. 1862.2.58 ; Besançon, 13 février 1865, Amidot, D. 1865.2.29 (motifs) ; Caen 2 juillet 1872, Lebeurrier, S. 1873.2.145 et P. 1873.60; Toulouse 28 avril 1880, Rivière, S. 1882.2.222 (motifs) ; Aix 25 janvier 1883, Fama, D. 1883.2.237 ; Cass. req. 20 juillet 1885, Pétot, D. 1886.1.291 ; Agen, 7 juillet 1886, Videau, S. 1886.2.189 ; Cass. req. 23 juin 1887, Chaboud, S. 1887.1.361, P. 1887.1.894 et D. 1889.1.35 ; Paris 14 novembre 1894, Déliot, D. P. 1895.2.115; Dijon, 3 décembre 1894, D. 1895.2.237 ; Alger ,23 décembre 1895, Bosc, D. 1897.2.453 ; Trib. civ. Seine, 9 décembre 1896 (motifs), gaz. trib. 21 avril 1897, Droit, 12 février 1897 ; Cass. req. 4 janvier 1897, Jouffroy d'Abbans, D. 1897.1.126 et S. 1898.1.309; Cass. civ. 21 mars 1898, Amet, D. 1903.1.403 et S. 1898.1.513; Alger, 22 mars 1898, gaz. trib. 1898.2.353; Trib. civ. Lyon, 5 juillet 1898, Mon. Jud. Lyon, 14 nov. 1898; Trib. com. Seine, 16 juin 1898, Droit 25 sept. 1898 et Mon. jud. Lyon, 22 nov. 1898 ; Trib. civ. Toulouse, 25 mars 1899, Loi, 8 avril 1899; Trib. civ.

Avec un arrêt de la Cour de Caen du 2 juillet 1872 (1), on sort désormais, sans contestation possible du domaine des libéralités proprement dites pour entrer dans celui des actes à titre onéreux « considérant que les rapports ayant existé entre l'appelant et la fille C. ont continué postérieurement au 10 juillet 1869, date de l'obligation et qu'ils paraissent n'avoir cessé qu'en 1871, après que cette fille se serait trouvée enceinte; — considérant qu'il résulte de ces faits que l'obligation consentie n'a point été l'acquit d'une obligation naturelle, *mais qu'elle est le résultat d'un pacte immoral*

Seine, 9 novembre 1899, Droit, 3 avril 1900 ; Trib. civ. Seine, 12 décembre 1899, Loi 27 avril 1900 ; 20 mars 1900, Pand. fr. 1902.2.40; Dijon, 22 mars 1900, D. 1901.2.45; Trib. civ. Coulommiers, 4 mai 1900 (motifs), gaz. pal. 1900.1.552; Trib. civ. Seine 26 juillet 1904, Gaz Pal. 1904.2.355 ; Gaz. Trib., 2e partie, 1904.2.335 ; Nancy, 12 novembre 1904, D. 1905.2.158; Trib. civ. Seine, 3 août 1904, Droit 6 déc. 1904 ; Nîmes 8 novembre 1905, Loi 23 décembre 1905, mon. jud. Lyon, 2 janvier 1906 ; Trib. civ. Seine, 5 juillet 1907 (motifs), Gaz. Trib. 1907, 2e sem., 2.459; Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909.2.266 ; Trib. civ. Marseille, 12 déc. 1907, le Droit, 14 mars 1908; Trib. civ. Bordeaux 28 avril 1909 (motifs), Gaz. Pal. 1909.2.83 ; Trib. civ. Seine, 25 mai 1909, Gaz. Trib. 1909, 2e sem., 2.426; Lyon, 28 avril 1910, Mon. jud. Lyon, 3 juin 1910 ; Bordeaux 14 février 1912 (2 espèces), Rec. Bordeaux 1912.1.131, Droit 10 mai 1912 ; Req. 4 mars 1914, D. P. 1916.1.27 et S. 1914.1.430, Fleury ; Nîmes, 7 mai 1917, Gaz. Trib. 1917.2.538 (motifs) ; Rennes, 20 octobre 1924, Gaz. Pal. 1924.2.676 (motifs) ; Grenoble 25 fév. 1925, Gaz. pal. 1925.2.48; Trib. civ. Seine, 19 juin 1925, Gaz. Trib. 1925.2.138 ; Trib. civ. Nancy, 8 déc. 1925, Gaz. Trib. 1926.2.411; Cass. req. 29 juin 1926, Gaz. Pal. 1926.2.517; Nancy, 11 juin 1929, Rec. Nancy 1929.108 et Rec. Sommaires 1930 (N. 559) ; Colmar (Ch. détachée à Metz) 18 octobre 1929, D. 1931.2.94 ; Trib. civ. Seine 4 avril 1932, Gaz. Trib. 2-4 octobre 1932, Rec. mensuel, Gaz Pal. décembre 1932.

(1) Caen, 2 juillet 1872, précité.

ayant pour but, soit de récompenser la fille Couespel de ses complaisances, soit de la garantir contre les conséquences pouvant en résulter ; ...que ladite obligation devrait donc, en admettant qu'elle fût sincère, être annulée comme illicite et contraire aux bonnes mœurs ». La jurisprudence est désormais bien fixée, la terminologie est aussi précise que possible; les mêmes formules seront reprises et répétées à satiété par les arrêts subséquents et par les auteurs.

*
* *

Il reste à se demander comment on doit entendre l'idée de marché. L'arrêt de la Cour de Caen nous laisse d'ores et déjà présumer une interprétation étroite.

Nous nous proposons d'examiner tout d'abord comment les notions de « pacte immoral », de « *pretium stupri* » strictement entendues ont longtemps limité le champ d'investigation des Tribunaux ; nous verrons ensuite comment les nécessités de la pratique ont fini par entraîner la jurisprudence à appliquer les articles 1131 et 1133 à tous les actes à titre gratuit, conclus ouvertement ou non, venant rémunérer des complaisances passées, présentes et futures, sans la contraindre à renier pour autant l'idée fondamentale qui l'avait guidée.

A) Notion restrictive de pacte immoral

Les Tribunaux commencèrent par se montrer prudents quand, après de longues hésitations, ils se décidèrent définitivement à utiliser les articles 1131 et 1133. Dans ce premier état de la jurisprudence, la notion de pacte immoral est *étroite* au double point de vue *de la forme des actes auxquels elle s'applique* et

de la correspondance des contre-prestations dans les actes présentés comme onéreux.

a) *Interprétation restrictive quant à la forme des actes*

L'interprétation restrictive quant à la forme des actes ne présentait d'ailleurs pas le même inconvénient pratique pour toutes les libéralités. En ce qui concernait les legs, la jurisprudence ne manquait pas de rechercher les manœuvres dolosives et elle trouvait, parfois, à cet égard, un puissant moyen d'annulation. Mais la difficulté était plus sérieuse quand il s'agissait de donations ouvertes qui n'étaient pas susceptibles, comme les legs, d'être attaquées par la voie de captation.

La jurisprudence n'hésitait pourtant pas davantage; partant correctement du fait que le législateur de 1804 avait entendu consacrer implicitement le principe de la validité des dons entre concubins, elle poussait la rigueur de son raisonnement jusqu'à refuser de rechercher si les donations en la forme ne recélaient pas quelquefois des pactes honteux. Le fait du déguisement constituait vraiment *la condition* de la recherche de la validité, l'intervention du juge se ramenant en définitive à l'annulation d'un acte à titre onéreux sur fausse cause ou sur cause immorale. C'est ainsi que s'exprimait l'annotateur de l'arrêt Guillot précité (1), se bornant à paraphraser l'arrêt de Lyon rendu en appel : « ...si le concubinage ne rend pas les concubins incapables de se faire des libéralités, et s'il ne fait pas

(1) Arrêt Guillot, précité et la note au D. 1860.1.255. Comp. Besançon, 19 mars 1862, D. P., 1862.2.58, Damitio ; Montpellier, ss. req. 23 juin 1887 (D. 1889.1.35 et S. 1887.1.361) ; Trib. civ. Marseille, 12 décembre 1907, le Droit, 14 mars 1908.

présumer le défaut de liberté du disposant, est-il de nature, lorsqu'il a déterminé la libéralité, à la faire annuler pour cause illicite? *La question ne peut se présenter à l'égard des donations proprement dites, dont la cause réside uniquement dans la volonté de donner et pour laquelle la condition de concubinage serait réputée non-écrite. Elle ne s'élève qu'au cas de libéralités déguisées sous forme d'obligations.* En ce cas, l'obligation est nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, lorsqu'il est avéré qu'elle forme le prix du concubinage... »

b) *Interprétation restrictive quant à la correspondance dans le temps des contre-prestations dans les actes présentés comme onéreux.*

Ayant implicitement nié la possibilité de trouver des actes immoraux sous le couvert des legs et des donations ouvertes, ayant consacré un critérium fondé sur la forme des actes, la Chambre des Requêtes posait, par contre, justement, dès 1860, une distinction entre les *libéralités déguisées* et les *vrais marchés;* en d'autres termes, l'arrêt Guillot posait que la simulation devait être admise, dans la mesure où l'acte simulé serait licite, s'il était ostensible; que les règles de fond devaient s'appliquer à toutes les libéralités déguisées ou non, et notamment que la cause des libéralités déguisées ne cessait pas d'être l'intention libérale (1). Ce principe posé, il s'agissait d'établir un *second critérium* tendant à différencier, *dans la multitude des actes, affectant la forme onéreuse, les pactes immoraux des*

(1) Comp. notamment Planiol, Ripert et Trasbot, Traité Pratique, t. V, n. 423 suiv., p. 431 ; doctrine et jurisprudence citées.

simples donations déguisées. L'arrêt de 1860 ne se prononçait pas clairement sur le caractère de ce critérium, mais le sous-entendait en notant que la capacité de donner et de recevoir n'est soumise à aucune restriction, « *à plus forte raison quand les relations de concubinage ont cessé* ». Ainsi donc, c'est le *temps du concubinage*, par rapport à l'acte, qui doit être pris en considération ; l'acte fait au cours du concubinage, en vue de continuer des relations intimes sera un marché honteux; s'il intervient à la fin du concubinage, il gardera, au contraire, son caractère de libéralité.

Ce critérium a connu une grande fortune et certains arrêts l'ont exposé avec beaucoup de netteté : « il appartient aux juges du fond, trouve-t-on dans un arrêt de la Chambre des Requêtes du 4 janvier 1897 (1), de déclarer qu'il résulte à l'évidence des documents du procès que le prétendu prêt constitue le contrat commutatif prévu par les articles 1131 et 1133, C. Civ., *où l'obligation contractée est corrélative à une débauche actuelle qu'il s'agit de payer, de maintenir ou prolonger;* qu'en conséquence, les billets souscrits sont, à bon droit, déclarés nuls » (2). Les rares décisions qu'on

---

(1) Cass. req. 4 janvier 1897, D. 1897.1.126 et S. 1898.1.309, Jouffroy d'Abbans.

(2) En ce sens : Cass. req. 26 mars 1860, Guillot ; Cass. req. 2 février 1853, D. 1853.1.57 et S. 1853.1.428, Labau ; Grenoble, 30 avril 1858, D. 1858.2.164, Cagnet ; Caen, 2 juillet 1872, Lebeurrier, S. 1873.2.145 et P. 1873.60 ; Agen, 7 juillet 1886, Videau, S. 1886.2.189 ; Dijon, 3 décembre 1894, D. 1895.2.237 ; Cass. req. 23 juin 1887, Chaboud, S. 1887.1.361, P. 1887.1.894 et D. 1889.1.35 ; Cass. civ. 21 mars 1898, Amet, D. 1903.1.403, note Appert, S. 1898.1.513 ; Trib. Civ. Seine 12 décembre 1899, Loi 27 avril 1900 ; 20 mars 1900, pand. fr. 1900.2.40 ; Dijon 22 mars 1900, D. 1901.2.45 ; Trib. civ. Seine 26 juillet 1904, Gaz. Pal. 1900.2.355 ; Gaz. Trib. 1904.2. 2e

peut invoquer en sens contraire ne sont que des exceptions à une règle solidement établie (1).

***

Le critérium ainsi imaginé repose, croyons-nous, sur une notion de marché entendue trop strictement ; en d'autres termes, le juge veut bien admettre que l'acte n'est qu'un pacte immoral; du moins faut-il que les deux contre-prestations, d'une part, le fait des relations hors mariage, de l'autre, le *pretium stupri,* soient rigoureusement concomitantes. Quand la disposition n'intervient qu'à la cessation du concubinage ou que, du moins, son effet est différé jusque-là, la connexion entre les rapports intimes et leur récompense supposée

---

sem., 335; 3 août 1904, Droit 6 décembre 1904; 5 juillet 1907, Gaz. Trib. 1907, 2e sem. 2.459 (argumentation du demandeur); 19 juin 1925, Gaz. Trib. 1925, 2e sem., 2.138 et Loi 23 février 1926; Trib. civ. Nancy, Gaz. Trib. 1926.2 2e sem. 411; Cass. req. 29 juin 1926, Gaz. Pal. 1926.2.517, SERRE ; Nancy, 11 juin 1929, Rec. Sommaires 1930 (N. 559) ; Trib. civ. Seine, 4 avril 1932, Gaz. Trib. 2-4 oct. 1932.

Toutes ces décisions se basent sur le critérium dégagé par l'arrêt Guillot pour annuler des libéralités déguisées consenties *avant* ou *pendant* le concubinage. Il conviendrait de placer en regard les arrêts qui valident, au contraire, les dispositions intervenant pour liquider la situation irrégulière. Mais nous retrouverons ces arrêts *infra,* au chapitre des dispositions permises.

(1) Besançon, 19 mars 1862, DAMITIO, D. P. 1862.2.58 : « ...qu'aucune distinction ne peut être faite entre des engagements contractés en vue de relations à établir ou à continuer et ceux qui suivraient la cessation d'un commerce de cette nature ; qu'il n'y a cause licite ni dans un cas ni dans l'autre ; que dans l'un, l'obligation est une prime à la dépravation et dans l'autre le prix de coupables complaisances ; que de semblables engagements seraient le prix de honteux calculs ». — Comp. Aix, 22 janvier 1883, FAMA, D. 1883.2.237 et Alger, 23 décembre 1895, BOSC, D. 1897.2.453.

ne semble plus suffisamment nette pour qu'on puisse conclure avec certitude à l'existence du contrat *do ut facias*.

Le critérium fondé sur le temps du concubinage par rapport à la disposition litigieuse n'était pourtant pas sans présenter d'intérêt; son adoption par la jurisprudence expliquait la validation constante, par les Tribunaux, des legs qui ne produisaient effet qu'au décès du testateur. Il est, de plus, certain qu'il répondait souvent à la réalité des faits. Au cours du concubinage, la prétendue libéralité déguisée est fréquemment le prix du stupre; elle aboutit en définitive à la consolidation de la situation irrégulière. Il est vrai aussi qu'à la fin du concubinage, le disposant n'a généralement plus des préoccupations de même nature; le testateur agit, semble-t-il, par affection sincère; le donateur aspire plutôt à liquider la situation, à indemniser la concubine du préjudice causé, surtout si des enfants sont issus de l'union. Enfin, ce critérium est d'une application commode car on en arrive, en pratique, à faire tomber, en bloc, toutes les libéralités consenties au cours des rapports intimes, à valider sans plus de discrimination toutes celles qui interviennent à leur cessation (1).

---

(1) V. Aubry et Rau, 4e éd., t. VII, §649, texte et note II ; Laurent, t. XI, n. 136 ; Demolombe, t. XXIV, n. 375 ; Baudry-Lacantinerie et Colin ; Des don. entre vifs, t. I, n. 525 et suiv. ; Huc, C. Civ., t. VI, n. 43 ; Laborde, Applic. de la th. de la cause aux matières du Droit, dans la Rev. générale du Droit, 1881 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Tr. des oblig. t. I, n. 310 ; note Appert ss Cass. 23 juin 1887, précité ; note Planiol, sous Rennes, 7 mars 1904, D. P. 1905.2.305 ; note Hémard, sous Rennes, 7 mars 1904, S. 1907.2.241 ; Planiol et Ripert, Tr. Elém., t. III, n. 1943 *bis* et *ter*. C. Civ. ann. de Sirey sur l'art. 901 n. 33 et Rép. gén. de d. frçs, v° Concubinage, n. 47 et s., n. 33.

Mais sa simplicité et son apparente justesse ont fait illusion. Il est également faux de dire que *toutes les libéralités* déguisées faites au cours de l'union visent indistinctement à salarier des complaisances coupables et de proclamer valables *toutes celles* qui coincident avec la rupture. En ce qui concerne les legs, il faudrait tout au moins chercher à situer le moment de la confection du testament et admettre qu'il peut, le cas échéant, déterminer la bénéficiaire à devenir la maîtresse du testateur. Mais pas plus qu'elle n'avait voulu accueillir cette conséquence pour les donations pures et simples, la jurisprudence ne se résigna, dans cet état du droit, à la tirer pour les legs.

En restreignant la notion de pacte immoral à certaines formes d'actes; en exigeant une étroite correspondance dans le temps entre les prestations réciproques, la jurisprudence aboutissait donc aux résultats critiquables que nous avons relevés.

Aussi la remise de billets par un amant à sa concubine constitute-t-elle un moyen singulièrement dangereux de la gratifier. Le déguisement et le temps de cette remise par rapport à l'union de fait, ne sont que les prétextes dont on va se servir pour les annuler.

On a souvent louangé l'ingéniosité du procédé jurisprudentiel. Il est vrai, sans doute, que le juge est plus à l'aise quand il s'agit de traiter comme contrat commutatif un acte qui emprunte cette apparence : le fait que le gratifiant s'astreint à utiliser les formes compliquées prévues par la loi, qu'il accompagne la donation passée devant notaire d'une déclaration expresse de donner, qu'enfin il se dépouille immédiatement de la propriété d'une chose et crée un droit irrévocable au profit du gratifié, ce fait prouve incontestablement une véritable intention de libéralité; tandis que celui, pour un individu, de signer un billet

au profit de sa maîtresse est loin de fournir la même certitude sur la nature de l'opération qu'il a entendu accomplir (1). Par suite, c'est un point certain que les Tribunaux ont marqué une tendance à maintenir la qualification donnée à l'acte par les parties et « à ne voir qu'une obligation dans l'acte que les parties ont ainsi qualifié » (2).

Mais il appartient précisément aux Tribunaux de réagir contre une tendance de ce genre. Derrière la rédaction de l'acte, ils devraient chercher à discerner, parmi les nuances de la réalité, la nature profonde des actes qui leur sont soumis; il faudrait éviter, avant tout, que, dans les actes juridiques, la nature fut subordonnée à la forme.

*
* *

Pourtant, au critérium fondé sur la forme, la jurisprudence apporta indirectement un corollaire. Parfois, le débiteur n'offrait pas immédiatement la preuve de la cause immorale; il se contentait de démontrer que le billet était sans cause ou sur fausse cause et obtenait ainsi l'annulation sans faire état des relations de concubinage (3). La maîtresse gratifiée était alors tentée de

---

(1) Argument développé par M. Paul Roux, Rev. critique, 1908, p. 120.

(2) V. Demolombe, Don. entre vifs et test., t. III, n° 46 et suiv.

V. encore, Delvincourt, 2e éd., Cours de D. Civil, p. 421 et suiv. ; Bartin : Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, p. 370 ; Pr. Timbal, th. précitée, p. 103 suiv. ; Louis Josserand, ouvr. précité, n. 291, p. 366.

(3) Rare en pratique ; v. motifs de Cass. req. 20 juillet 1885, D. 1886.1.291, Pétot ; Trib. Civ. Seine, 5 juillet 1907, Gaz. Trib. 1907, 2e sem. 2.459.

prouver que le billet n'était, en réalité, qu'une libéralité déguisée dont la cause se confondait avec *l'animus donandi*. Mais la jurisprudence, aggravant encore sa conception, refusait, en général, d'admettre le moyen qui lui était présenté; les juges tâchaient de découvrir, à tout prix, dans la disposition suspecte les éléments d'un acte à titre onéreux auquel il leur serait loisible d'appliquer les articles 1131 et 1133. Le billet, disaient-ils, ne peut valoir à titre de donation déguisée car « un acte vicié dans son essence même et entaché d'une nullité tenant à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne saurait produire aucun effet, ni dès lors être le fondement d'une libéralité dissimulée sous la forme d'un contrat; (que) si la cause d'une donation ordinaire ne doit pas être recherchée parce qu'elle se trouve dans la libéralité même et dans la libre volonté du disposant, il en est autrement de la donation qui *emprunte la forme d'un contrat commutatif à titre onéreux et qui ne peut, dès lors, être valable qu'à la condition de reposer sur une cause licite* » (1).

Dans leur désir d'annuler ces dispositions, les Tribunaux soutiennent cette idée qu'un acte à titre onéreux nul n'a pas le pouvoir de déguiser valablement une donation; mais, comme le dit M. Joseph Hamel (2), « admettre ce raisonnement, ce serait vouloir que l'acte onéreux qui dissimule la donation déguisée soit entiè-

---

(1) Besançon, 19 mars 1862, D. P. 1862.2.58, DAMITIO[e]; v. encore Cass. req. 23 juin 1887 ou S. 1887.1.361, P. 1887.1.894 et D. 1889.1.35, CHABOUD ; Trib. Seine, 7 décembre 1893, le Droit 27 janvier 1894; contra, Trib. Besançon sous Besançon 13 février 1865, AMIDOT, D. 1865.2.29 ; comparez : Orléans, 27 mai et 17 juin 1875 ; (1re espèce : Gobert ; 2e espèce : Lanabère), S. 1875.2.319 ; P. 1875.233 et D. 1877.2.177).

(2) J. HAMEL, thèse précitée, p. 248, note 2.

rement valable comme renfermant tous les caractères d'un acte complet », c'est commettre une erreur analogue à exiger un prix sérieux quand la donation se dissimule derrière une vente. Il aurait suffi aux Tribunaux de demeurer fidèles à leur conception même, sans autrement chercher à en dégager un corollaire et d'annuler l'opération directement, en tant que contrat commutatif.

*
* *

Il ne faut pourtant pas sous-estimer les résultats obtenus par la jurisprudence à l'aide de la notion de pacte immoral strictement entendue. C'est l'effort le plus vaste et le plus efficace qu'on ait encore tenté contre la validité des libéralités entre concubins, depuis 1804. Leurs donations déguisées, valables en principe, n'en sont pas moins annulées le plus souvent, parce qu'on affecte de voir dans les billets, sous les reconnaissances de dette, les prêts et les constitutions de rente viagère qui les recouvrent et les dissimulent, de vrais marchés plus ou moins immoraux, plus ou moins destinés à favoriser des relations hors mariage. La rigueur des Tribunaux est telle à cet égard, qu'on ne fait même pas exception dans le cas où les billets souscrits en temps de concubinage ont pour but de « garantir la femme contre les conséquences pouvant résulter de ses complaisances » (1) parce qu'on juge que cette convention tend aussi à prolonger la situation irrégulière.

Par contre, lorsqu'on cesse d'évoluer dans la sphère des obligations immorales, *réelles* ou *feintes*, et qu'on entre dans le cercle des pures libéralités, la liberté des

(1) V. Caen, 2 juillet 1872, S. 1873.2.145 et P. 1873.60.

amants reparaît; ils peuvent disposer entre vifs et à cause de mort, au profit l'un de l'autre comme au profit d'un tiers. Sauf l'hypothèse de suggestion, leurs legs sont valables; leurs donations en la forme le sont toujours. A la fin du concubinage même, aucune différence de traitement n'est plus possible entre les libéralités entre vifs et testamentaires et les obligations consenties entre amants.

A proprement parler, il s'agit moins ici de critiquer la conception du pacte immoral en soi que de reprocher aux Tribunaux d'en fausser le jeu en ne la laissant se mouvoir que dans le cadre trop étroit des libéralités déguisées et, dans les limites admises, d'en user arbitrairement, en validant toutes celles qui ne produisent effet qu'à la fin du concubinage, en annulant indistinctement celles qui coïncident dans le temps avec cette situation.

La jurisprudence aboutissait, en somme, à ce dilemne : *ou pacte immoral, ou donation pure et simple;* elle contestait, pour ainsi dire, en notre matière, la possibilité, pour les concubins de se faire de réelles donations déguisées au cours de leur union de fait (1) et niait, dans cette mesure, cette théorie de la simulation qui lui permettait cependant d'atteindre, par une feinte, les dispositions entre amants.

B) Notion extensive de pacte immoral

Les Tribunaux ne renoncèrent pas, pour autant, à la conception de la cause-intention libérale dans les libéralités entre concubins. Mais, à la fin du siècle

(1) Nous verrons, en effet, que la plupart des dispositions intervenant à la fin du concubinage étaient validées par la jurisprudence à titre de dédommagement ou de novation d'obligations naturelles.

dernier, ils commencèrent à abandonner cette notion de pacte immoral strictement entendue, dont les inconvénients propres s'étaient ajoutés à ceux d'une transposition fictive d'actes à titre gratuit dans le domaine des actes à titre onéreux. Leurs efforts vont tendre à l'élargissement de cette notion dans deux directions, d'une part, à soumettre à leurs investigations les libéralités déguisées qui interviennent à la cessation du concubinage; de l'autre, à rechercher si un pacte réel ne se cache pas quelquefois sous les donations en la forme ou les legs ; à s'arroger, en somme, de façon générale, le pouvoir d'annuler les actes à titre gratuit consentis entre amants, qui dissimulent un *pretium stupri*, et ne sont que l'exécution d'un marché honteux, sans distinction de temps ou de forme.

a) *Interprétation extensive quant au temps du concubinage par rapport à la libéralité.*

Dans l'effort que les Tribunaux allaient entreprendre pour étendre leur jurisprudence aux libéralités déguisées faites au moment de la rupture, ils trouvaient un appui dans Merlin. « Si la libéralité, disait cet auteur, *a pour cause, soit la récompense de honteuses faveurs précédemment obtenues*, soit la condition d'en obtenir par la suite, la donation prenant le caractère d'un contrat commutatif sera soumise à la règle établie par les articles 1131 et 1133 du Code Civil » (1). Il ne faisait, en cela, que suivre la voie tracée par l'arrêt de la Cour de Besançon du 25 mars 1808, dont les considérants avaient, nous l'avons vu,

(1) Merlin, Répert. V° Concubinage, p. 345.

visiblement inspiré les grandes lignes de son système (1).

Bien que la solution contraire ait été consacrée expressément, en 1860, par la Chambre des Requêtes, la Cour de Besançon n'en demeura pas moins fidèle à la jurisprudence qu'elle avait créée plus d'un demi-siècle auparavant, « attendu qu'... aucune distinction ne peut être faite entre des engagements contractés en vue de relations à établir ou à continuer *et ceux qui suivraient la cessation d'un commerce de cette nature;* qu'il n'y a cause licite ni dans un cas, ni dans l'autre; que dans l'une, l'obligation est une prime à la dépravation et, dans l'autre, le prix de coupables complaisances » (2). Malgré la logique de son argumentation, cet arrêt n'en est pas moins resté longtemps à l'état isolé.

C'est pourtant par l'idée de marché, sinon de *pretium stupri,* que certaines décisions vont venir, peu après, annuler des dispositions concomitantes de la rupture. Les juges pensent toujours qu'à ce moment, il ne peut plus y avoir paiement de relations illicites; le pacte honteux consistera, dès lors, *dans l'achat pour l'avenir, de la discrétion de la maîtresse;* il s'agira d'obtenir, à prix d'argent, le silence, la paix et la liberté qui deviennent indispensables dans certaines circonstances qu'il n'est pas difficile d'imaginer, lors-

---

(1) Besançon, 25 mars 1808, S. et P. chr., Jeannon : « Attendu que les billets ont été le prix des faveurs accordées par la Verchot au sieur Ebaudy... ».

(2) Besançon, 19 mars 1862, Damitio, D. P. 1862.2.58. Comp. Grenoble, 30 avril 1858, Cagnet, 1858.2.164 ; Aix 25 janvier 1883, Fama, D. 1883.2.237; Trib. civ. Bordeaux (2e ch.), 28 avril 1909, Gaz. Pal. 1909.2.83; Lyon, 28 avril 1910, Mon. jud. Lyon 3 juin 1910.

que l'amant rompt l'union de fait pous convoler en justes noces et qu'il craint des révélations à la fiancée (1). On voit aussi les concubines s'engager, de façon générale, à ne causer aucun ennui, de quelque sorte que ce soit au gratifiant.

Ce n'est point que, dans cette jurisprudence, la cause soit honteuse de la part de celui qui a versé, mais il est certain que la bénéficiaire ne saurait s'obliger à accomplir purement et simplement son devoir et à s'abstenir d'un fait répréhensible : « la loi de la probité et de l'honneur, disait déjà Domat (2), doit seule nous empêcher de faire des actions criminelles. On ne peut donc pas plus stipuler la non-violation que la violation des bonnes mœurs; elles doivent se suffire pour se protéger elles-mêmes ». Les auteurs modernes ne raisonnent pas autrement (3). Les obligations de ne pas faire contractées de la sorte doivent être annulées indépendamment du point de savoir si la concubine a observé ou non son engagement, comme les obligations d'accomplir un acte immoral, d'accorder de honteuses faveurs (4).

---

(1) Lorsqu'il y a menace de *révélation à la fiancée au moment* de la libéralité, la jurisprudence admet fréquemment qu'il y a violence. V. *suprà*.

(2) Domat : Loix Civiles, liv. I, sect. 5, n. 19.

(3) Lyon 8 avril 1910, précité. Larombière : Th. et prat. des oblig. sur l'art. 1133, n. 7 et s. ; Aubry et Rau, 4e éd., t. IV, § 442 bis. Le Droit Romain raisonnait de la même façon : « Si ob maleficum ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione » (Dig. L. 7 § 3).

(4) Une seule différence, au point de vue de la répétition ; v. infrà. Une hypothèse voisine se présente parfois en jurisprudence, quand c'est le père d'un jeune homme qui s'engage à payer une rente viagère à la concubine de son fils, si elle s'engage de son côté à rompre les relations. Il faudrait rai-

Mais si, dans cet état du Droit, on en arrivait à atteindre les engagements aux termes desquels la maîtresse gratifiée s'engageait à s'abstenir d'un fait immoral, ou n'en laissait pas moins subsister encore toutes les hypothèses, où la libéralité n'était que la récompense des complaisances passées, qu'un paiement différé à la cessation d'une situation immorale. Une dernière extension était proposée par les auteurs et Laurent reprenait les termes mêmes de l'arrêt de la Cour de Besançon (1). La jurisprudence ne s'y rallia d'abord qu'avec une certaine circonspection; dans un arrêt rendu le 25 janvier 1883, le juge prend bien soin de noter que le billet litigieux a moins pour objet de rémunérer plus amplement des complaisances passées que d'acheter un silence devenu nécessaire (2). Mais, à partir de ce moment, les Tribunaux vont donner à la jurisprudence sa forme définitive en décidant que l'obligation sera nulle comme ayant une cause immorale si elle a pour but de rétribuer des complaisances

---

sonner comme nous l'avons fait car il s'agit encore d'une obligation contractée dans le but d'éviter un acte contraire aux bonnes mœurs. De puissantes considérations morales peuvent cependant être invoquées à l'appui de la validation de l'acte, quand l'engagement provoque effectivement la cessation du concubinage. La Cour de Liège (25 février 1875, D. 1876.2.49 et les renvois) s'en est tirée en notant que la promesse de la maîtresse de quitter l'Algérie et de ne plus retourner en Afrique « constituait pour elle un dommage représentant l'équivalent des avantages pécuniaires qui lui étaient accordés ; (que) cette stipulation constitue un contrat synallagmatique qui n'a dans sa cause rien d'immoral ni d'illicite ». V. infra.

(1) Laurent, t. XVI, n. 153 s. Demolombe : Contrats et oblig. conventionnelles, t. I, p. 358, n. 375 (Sol. admise implicitement).

(2) Aix, 25 janvier 1883, précité.

passées, présentes, futures. A l'ancienne formule, les arrêts récents ajoutent un terme, d'ailleurs assez compréhensif, pour englober les autres. Désormais, seront annulés tous les engagements ayant pour but la formation, la continuation, la reprise et, *d'une façon générale, la rémunération des rapports immoraux* (1).

b) *Interprétation extensive quant à la forme des actes.*

Si la distinction relative au temps du concubinage par rapport à la libéralité entre amants trouvait dans la réalité un solide appui, si les dispositions consenties à la cessation de l'union de fait relevaient effectivement de la prévoyance plutôt que de la passion dans bien des cas, le critérium de forme était loin de trouver, dans les faits, une base aussi sûre. Il était arbitraire de prétendre que les donations ouvertes et les legs ne pouvaient en aucune façon recouvrir de véritables pactes immoraux. Qui ne voit, au contraire, que la

---

(1) Bordeaux, 14 février 1912 (2 espèces) ; Rec. Bordeaux 1912.1.131 et Droit, 10 mai 1912; Bastia 31 juillet 1907, D. 1909.2.266; Req. 4 mars 1914, D. P. 1916.1.27 et S. 1914.1. 430. Il faudrait citer ici toutes les décisions qui annulent des legs considérés comme l'exécution d'un pacte immoral ; le legs ne produisant effet qu'à la mort du disposant ne peut venir rémunérer que des faveurs passées. V. notamment Colmar, 18 octobre 1929, D. 1931.2.94 et Trib. Seine 4 avril 1932, Gaz. Trib. 2-4 oct. 1932. V. infra.

Nous verrons que la même formule est employée par la jurisprudence qui voit la cause des libéralités dans les motifs. Mais cette jurisprudence ne présente pas les mêmes difficultés, les complaisances présentes, passées ou futures pouvant fort bien être, au même titre, le motif déterminant qui décidera le juge à annuler, en dehors de toute idée de marché. V. entre autres, cass. 11 mars 1918, D. P. 1918.1.100; Req. 16 avril 1923, D. P. 1923.1.72.

sécurité absolue offerte par la forme de ces actes était, en pratique, pour les amants généreux, une sérieuse raison d'en user; pour les maîtresses intéressées, stipendiées et averties de n'en pas vouloir d'autres?

Il n'était pas moins arbitraire de prétendre que l'abandon du critérium de forme impliquait le rejet de l'idée fondamentale qui avait inspiré toute la jurisprudence, puisque l'annulation des donations en la forme et des legs restait subordonnée, en tout état de cause, à la preuve d'un contrat inommé, déguisé sous la forme de l'acte à titre gratuit.

Nous avons vu quels scrupules retenaient les Tribunaux, combien il leur était plus facile de feindre l'existence d'un contrat synallagmatique quand les parties avaient cru devoir déguiser leur libéralité sous cette forme. Mais ce serait se faire une fausse idée de la conception jurisprudentielle de penser que tous les actes annulés ne l'étaient qu'au secours d'une fiction. Il existait, tant sous forme d'actes onéreux que sous forme d'actes gratuits, de réels marchés que les tribunaux ne devaient avoir aucun scrupule à démasquer et à atteindre.

Ils ont fini par se résigner, d'abord pour les legs, puis pour les donations elles-mêmes, qu'il s'agisse de simples promesses, de donations indirectes ou de donations en forme, à rompre avec le critérium de forme, admis par Merlin, attaqué au contraire, à la fin du XIX^e^ siècle, par Aubry et Rau, par Bartin, qui n'en continuaient pas moins à défendre avec ardeur la théorie classique de la cause (1).

*
* *

(1) AUBRY et RAU, t. VII, 4^e^ éd. p. 26.
BARTIN : Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, p. 370.

Ce n'est point, en effet, en invoquant la théorie de la cause impulsive et déterminante que les Tribunaux ont commencé à admettre la possibilité d'annuler les legs consentis en faveur de maîtresses. Ce point est très clairement affirmé, en 1880 et 1894, dans les motifs de deux arrêts émanant respectivement des Cours de Toulouse et de Paris; il résulte de ces deux décisions que si l'*animus donandi* ne se rencontrait pas dans une disposition testamentaire, il n'y aurait que l'apparence d'un legs (1); ainsi, « le testament qui n'aurait été fait que dans le but de déterminer la bénéficiaire à nouer ou continuer des relations illicites avec le donateur ou testateur contiendrait, sous l'apparence d'un acte gratuit, *une véritable convention ayant une cause contraire aux bonnes mœurs* » (2).

La jurisprudence de ces Cours d'Appel a été définitivement consacrée par la Chambre des Requêtes qui ne s'est, du reste, pas bornée, comme les arrêts précédents, à poser un principe, mais en a fait application, le 4 mars 1914, au legs consenti par un testateur au profit d'une femme mariée, sa maîtresse, dans des conditions, il est vrai, où le marché honteux apparaissait avec un relief saisissant. Dans l'espèce, le *de cujus* avait conclu avec les époux bénéficiaires un

---

Comp. Hamel, th. précitée, p. 250 s ; Capitant, ouvr. précité, p. 471 n. 115; Planiol, note au D. P. 1905.2.305 ; Paul Roux ; Rev. critique 1908, pp. 111 s. 237 et s.

Savatier : Des effets et de la sanction du devoir moral, th. Poitiers 1916, p. 342 s. Savatier, note au D. 1927.1.114 ; H. Denoix de Saint-Marc, th. précitée, 1927, p. 57 s.

(1) Toulouse, 28 avril 1880, P. 1882.2.1103, S. 1882.2.222, Rivière.

(2) Paris, 14 novembre 1894, D. P. 1895.2.115, Déliot (la Cour se borne d'ailleurs à adopter purement et simplement les motifs de Trib. Seine 10 novembre 1893).

pacte aux termes duquel le mari complaisant autorisait sa femme à s'abandonner à son amant et même à cohabiter avec lui en échange d'une promesse d'avantages testamentaires; les faits avaient été avoués par le mari lui-même, au cours d'une procédure correctionnelle, soit devant la gendarmerie, soit devant le juge d'instruction. La Chambre des Requêtes, suivant en cela la Cour d'Orléans en appel, annula le legs « attendu... *que la disposition universelle contenue dans le testament litigieux n'a été que l'exécution d'un pacte immoral...*; que si la vraisemblance d'un tel pacte est difficilement admissible, on ne saurait, en l'espèce, en contester la réalité » (1).

En pratique, le caractère réel de l'opération n'apparaît qu'exceptionnellement avec une telle netteté. Si l'extension de la conception jurisprudentielle aux legs ne s'est pas avérée fertile en applications, du moins le principe en a-t-il été maintenu très clairement par les décisions les plus récentes (2).

*
* *

La jurisprudence n'a pas borné aux legs son évolution. Elle s'est résolument engagée dans le domaine

---

(1) Req. 4 mars 1914, D. P. 1916.1.27 et S. 1914.1.430; Gaz. Pal. 1914.1.641 ; Gaz. Trib. 1914, 1er sem. 1.170; Loi 30 avril 1914, Fleury (confirmant Orléans, 25 juin 1913).

(2) Nîmes, 7 mai 1917, Gaz. Trib. 1917, 2e sem. 2.538 (motifs) ; Colmar (ch. détachée à Metz) 18 octobre 1929, D. 1931. 2.94, Oudin ; Trib. civ. Seine 4 avril 1932, Gaz. Trib. 2-4 oct. 1932.

Comp. Grenoble 25 février 1925, J. Grenoble 1925.94, Gaz. Pal. 1925.2.48, Pignard ; Cass. 8 juillet 1925, S. 1927.1.294 s. Gaunard ; Paris (1re chambre) 16 novembre 1927, D. H. 1928. 57, Renaud, qui ne semblent pas exiger un pacte véritable, un contrat commutatif réel.

des actes en forme de donation et leur a appliqué l'idée de marché immoral.

Dans un jugement du Tribunal d'Ajaccio, du 23 avril 1907, elle distingue encore entre la donation pure et simple par laquelle le donateur se dessaisit immédiatement, *hic et nunc* d'un corps certain tel qu'un immeuble ou d'une somme d'argent ou de valeurs mobilières, et la simple promesse de servir une rente, ou de payer *in futurum;* pour le Tribunal d'Ajaccio, seule cette dernière opération est susceptible d'être annulée.

Cette ultime distinction qu'on tente d'établir entre la donation pure et simple et la promesse de donner ne va pas tarder à être rejetée à son tour. C'est la Cour de Bastia qui, tout en confirmant le jugement de ce Tribunal, va, par ses motifs, franchir le dernier obstacle : « attendu que les obligations contractées au profit de la concubine sont valables à moins qu'elles n'aient d'autre cause que le concubinage et qu'il ne soit établi qu'elles sont le résultat d'un pacte immoral ayant pour but de récompenser des complaisances passées, présentes ou futures; — Attendu qu'il a été souverainement jugé par arrêt de la Chambre Civile, de la Cour de Cassation, en date du 2 janvier 1907 (D. P. 1907.1.137) que « les dispositions à titre gratuit sont nulles comme les dispositions à titre onéreux quand elles se reposent sur une cause illicite » (1).

Nous nous bornons à noter ici l'extension de l'idée de pacte immoral au donations ouvertes et aux legs, nous réservant de nous demander plus loin si cette décision de la Cour de Bastia, qui se référait si nette-

---

(1) V. Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909.2.266; sous Bastia, Trib. Civ. d'Ajaccio, 23 avril 1907.

ment au grand arrêt de principe, rendu quelques mois plus tôt par la Chambre Civile, ne contenait pas en germe l'application de la théorie de la cause impulsive et déterminante à la matière des libéralités entre concubins; si la jurisprudence ayant poussé jusqu'à son terme l'évolution de l'idée de pacte immoral n'allait pas se décider à adopter enfin une notion de cause permettant d'atteindre sans circuit ces dispositions (1).

Des concepts contradictoires voisinent également dans certains arrêts subséquents dont aucun n'a entendu rompre pourtant avec la jurisprudence traditionnelle (2), telle cette décision de la Cour de Paris, rendue à propos de *donations indirectes* sous forme de polices d'assurances sur la vie où on lit : « *quelque forme qu'elles revêtent,* celles-ci n'ont une cause illicite et ne sont, par suite, dépourvues d'effet que si elles sont *inspirées* par la volonté d'établir, maintenir ou rémunérer les relations entre concubins, et constituent entre eux un *véritable marché* ». Certes, avec l'arrêt de Colmar, déjà signalé, on en revient à une conception moins étrange; on y voit consacrées les extensions successives de la notion du marché immoral et il n'y est plus fait allusion aux mobiles : « ...attendu que le concubinage, même prouvé, même adultérin, ne peut être une cause

---

(1) V. Cass. 2 janvier 1907, D. 1907.1.137, note Ambroise Colin ; S. 1911.1.585, note Albert Wahl (Convention tendant à réaliser une séparation amiable entre époux). Cet arrêt a guidé la Cour de Bastia.

V. encore Paul Roux, Revue critique 1908, p. 122 s.

(2) Paris, 5 mai 1925, D. H. 1925.474, S. 1925.2.59 et Gaz. Trib. 1926.2.494, Dame Veuve C. c/ dem. S. et Cie La Prévoyance.

Lyon 30 mars 1916, D. P. 1918.2.51 ; Rec. assur. 1919.65 Veuve S. c/ dem. R. et Cie La New-York.

de nullité d'une donation ou d'un testament que s'il est établi que ces contrats unilatéraux dont la seule cause devrait être l'intention de gratifier, *dissimulent en réalité un contrat commutatif* causé par des relations coupables, à nouer, à continuer ou à rémunérer » (1). Mais s'il est permis d'affirmer qu'aujourd'hui encore, les Tribunaux n'ont pas totalement rompu avec les notions traditionnelles, qu'ils usent à l'occasion du même détour qu'au siècle dernier pour annuler certaines dispositions entre concubins, il faut avouer aussi que la jurisprudence tend à annuler ces actes directement, sans les transposer préalablement dans le domaine des actes à titre onéreux.

*
* *

Au moment où la jurisprudence relative aux dons entre amants semblait arrivée à un tournant de son évolution, une dernière difficulté s'est élevée sur le point de savoir s'il était possible de se servir de la notion de cause pour annuler le *cautionnement*. Il s'agit là d'une opération fréquente dans le monde de la galanterie où les faveurs ne sont dispensées à l'amant que dans la mesure où il s'engage, envers les créanciers, à leur garantir le remboursement d'un arriéré de fournitures. La maîtresse ne perçoit rien, mais son crédit est renfloué. Il semble, à première vue, qu'il faille traiter le cautionnement comme les libéralités. Or, il convient de remarquer que cette opération est gratuite dans les rapports de la caution et du débiteur principal; dès lors, si l'acte est conclu de telle sorte que le créancier ignore la cause qui pousse le débiteur à s'engager avec lui, si le but qu'il poursuit ne fait

(1) Colmar, 18 octobre 1929, précité.

plus corps avec sa manifestation de volonté, il paraît bien que l'engagement de la caution, étant abstrait, doive être déclaré valable indépendamment de sa cause (1).

La jurisprudence, dans toutes les espèces qui se sont présentées devant elle n'a cependant jamais manqué de statuer sur son caractère moral ou immoral, tant il est vrai que notre Droit est réfractaire à la reconnaissance d'actes abstraits. Et elle présente cette autre particularité, si intéressante dans une période de transition, d'avoir, dans son ensemble, rompu avec l'idée de marché.

Dans les premières décisions rendues en la matière, les juges, tout en paraissant admettre qu'ils avaient à faire, en réalité, à des actes à titres onéreux, n'en ont cependant pas tiré la conclusion qu'on pouvait attendre; ils ont validé l'opération, ayant cru trouver la cause dans les fournitures faites à la concubine et non dans les rapports de la caution et du débiteur principal (2).

Puis, la jurisprudence s'est divisée; la Cour de Paris est demeurée fidèle à la conception traditionnelle de la cause, notant « qu'un cautionnement n'exige de la part de la caution d'autre cause d'obligation que la libre détermination d'exercer un acte de bienfaisance d'où il suit qu'un cautionnement ne peut être attaqué comme fondé sur une cause illicite, sous prétexte qu'un motif contraire aux bonnes mœurs aurait déterminé la cau-

(1) Dans ce sens, v. H. CAPITANT, ouvr. précité, p. 400, n. 184. L. JOSSERAND, ouvr. précité, p. 353, n. 280; THALLER et PERCEROU, Tr. Elém. de D. Commercial, n. 1293 et 1401.

(2) Trib. Civ. Seine, 12 déc. 1899, Loi 27 avril 1900 ; Trib. civ. Seine 20 mars 1900, Pand. fr. 1902.2.40, Droit 13 juin 1900.

tion à le donner ». Par contre, la Cour de Nancy a rompu délibérément avec les principes admis jusque-là et annulé l'engagement d'un jeune amant envers une femme galante car les créanciers, ayant l'habitude de telles opérations, « n'ignoraient pas que le nantissement... était le prix de l'immoralité et de l'adultère » (1).

*
* *

C'était confondre la cause et les motifs. On a d'ailleurs tenté de soutenir que la jurisprudence traditionnelle avait toujours jugé indirectement la libéralité sur les motifs qui la déterminent (2) ; que « le fait de la cessation ou de la continuation des rapports charnels c'est, en somme, aux yeux de la jurisprudence, ce qui lui permet de juger si les motifs sont illicites ou non ; c'est en quelque sorte le miroir qui réflète l'honorabilité des motifs ». Mais il n'est pas vrai, selon nous, qu'on puisse tirer une telle conclusion du fait que les tribunaux prennent en considération la continuation ou la fin des relations sexuelles pour apprécier la validité des libéralités. En procédant ainsi, la jurisprudence se préoccupe moins des motifs qu'elle ne se livre à la recherche du pacte honteux sous les dispositions qui lui sont soumises. Ce n'est point parce qu'elle considère que le donateur a voulu récompenser la donataire de ses faveurs — ce qui serait s'attacher aux motifs — c'est parce qu'aux termes du pacte immoral, l'amant a

---

(1) Paris 10 janvier 1905, Wynands et Nancy, 12 novembre 1904, Renaud, D. 1905.2.158; v. encore sur ces arrêts *Rev. trim.* 1905, pp. 150 et 666, observ. R. Demogue. Dans le même sens que Nancy, Limoges, 18 juil, 1906, *Rec. Riom,* 1905-06. 286.

(2) Denoix de Saint-Marc, th. précitée, p. 70.

promis *un prix* et la concubine des *services immoraux*, parce qu'il s'agit moins d'une donation rémunératoire que d'un contrat synallagmatique. La raison de la nullité, c'est la contre-partie du paiement, ce sont les complaisances coupables (1).

---

(1) Ce qui est vrai aussi, c'est que la jurisprudence a parfois sensiblement élargi la portée d'application des art. 1131 et 1133. Jusqu'ici nous l'avons vue annuler des obligations dont la cause à proprement parler est illicite, sans qu'on puisse l'accuser avec une apparence de raison de confondre *cause* et *motifs*. Or, il arrive aux Tribunaux d'étendre les articles 1131 et 1133 à des contrats synallagmatiques ayant pour objet des prestations licites mais qui, dans l'intention commune des parties, poursuivent une fin contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. La jurisprudence offre de nombreux exemples de ces annulations en ce qui concerne les contrats se rattachant à l'exploitation des maisons de tolérance, la dation à bail d'un immeuble en vue de l'installation d'une maison de jeu, la livraison de consommations gratuites par un aubergiste pour procurer des voix à un candidat ou des prêts faits à un joueur au cours d'une partie et en vue de l'alimenter. Sur cette matière, v. CAPITANT, ouvage cité, p. 227, n. 109, et arrêts cités.

Une intéressante décision de la Chambre des requêtes est venue récemment transposer cette jurisprudence sur un terrain limitrophe de la matière des obligations entre amants (*Req.* 17 avril 1923, D. P. 1923.1.173 et *Gaz. trib.* 1923.1.222). Une femme mariée avait, à l'insu de son mari, souscrit quatre billets en reconnaissance d'un prêt dont le montant avait servi, dit l'arrêt, « à faciliter les rapports intimes de la dame C. B. avec un sieur X, son amant, ainsi que sa fuite à Genève où elle a vécu pendant plusieurs mois avec celui-ci ». La Chambre des requêtes confirma l'annulation des billets, le prêteur « ayant eu pleine connaissance des raisons qui déterminaient la dame C. B. à recourir aux emprunts ».

Dans le même sens, trib. civ. Seine, 9 mars 1903, *Gaz. trib.*, 4 oct. 1905.

Ainsi la jurisprudence, même pour les actes onéreux, a parfois pris en considération, sinon les simples motifs, la

Ce qui est vrai, c'est que les premières tentatives en vue de colorer l'intention libérale par les motifs, en la matière, coïncident avec l'abandon du critérium de forme. On se décide alors à rechercher, quelle que soit l'apparence, la réalité du marché immoral. Mais on s'aperçoit *ipso facto*, que si les libéralités entre amants sont presque toujours teintées de mobiles galants, par contre les caractéristiques du contrat innomé sont rarement indiscutables ; il n'y a pas, le plus souvent, pacte réel, mais donation rémunératoire ; c'est dire qu'avec la théorie classique de la cause, l'intervention du juge resterait impossible sans fiction, dans bien des hypothèses.

Là se trouve sans doute la raison de l'insuffisance des résultats procurés par l'abandon du critérium de forme ; la raison aussi des efforts tentés — et déjà perceptibles au début du XX^e^ siècle — par la jurisprudence afin d'annuler *directement* les dons et legs entre amants et de se libérer d'une *notion de cause inutile* dès qu'on sortait trop manifestement du domaine des obligations.

*
* *

Les auteurs les plus récents paraissent acquis à l'idée que la jurisprudence actuelle a définitivement étendu sa conception de la cause impulsive et déterminante à la matière des libéralités entre concubins (1). C'est un

---

« destination économique de la chose objet du contrat qui, loin d'être dissimulée, guidait les deux contractants vers le même but ». V. CAPITANT, p. 233, n. 12 in fine. Comp. JOSSERAND, ouvr. précité, p. 197, n. 154.

(1) V. notamment : PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, t. V, par TRASBOT, *Donations et Testaments*, n^os^ 264 et 266, pp. 266 et 270 ; et la note R. SAVATIER, ss req. 8 juin 1926, D. 1927.1.113. Nous aurons à approfondir cette question.

point qui devra être tranché de savoir si certains arrêts n'ont pas totalement consacré de nos jours, cette conception. Mais il serait excessif de prétendre, croyons-nous, que la doctrine actuelle entend par là condamner, sur la foi d'arrêts nouveaux, le système édifié par la jurisprudence du XIXe siècle et Merlin et qui, remarquons-le, en Droit, n'est applicable qu'aux obligations. C'est en tant qu'actes à titres onéreux, vrais ou feints, que les Tribunaux et les premiers commentateurs estiment annulables les actes qui leur sont soumis ; or, il est bien certain que tous les vrais marchés, les pactes immoraux caractérisés tomberont à l'avenir comme par le passé sous le coup de la jurisprudence traditionnelle (1) ; d'ailleurs, les marchés ne sont pas si rares dans le monde des courtisanes et des maîtresses entretenues. Les Recueils de jurisprudence et les Répertoires en offrent des exemples édifiants. Si nos Tribunaux étaient saisis aujourd'hui de certaines espèces sur lesquelles ils eurent naguère à statuer, il est incontestable que leur manière de voir ne serait pas changée. C'est à titre de contrats *facio ut des* ou *do ut facias* qu'ils seraient encore amenés à apprécier et à annuler

(1) La Chambre des requêtes, notamment, a consacré de façon très nette la jurisprudence antérieure. V. Cass. req. 29 juin 1926, gaz.pal 1926. 2.517, dame Serre : « Attendu que pour déclarer nuls et de nul effet comme ayant une cause illicite deux billets de 10.000 francs souscrits par G. et remis à la dame Serre, la Cour de Nîmes ne s'est pas fondée sur ce motif général que les libéralités entre concubins seraient interdites, *mais sur ce que les billets litigieux ont été souscrits en exécution d'un pacte immoral...* » Au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, les Tribunaux ne s'exprimaient pas autrement.

Dans ce sens, PLANIOL et RIPERT, *Traité élém.* n. 2943 *bis.*

des dispositions dont il serait établi qu'elles ne sont en réalité que la contre-partie des faveurs accordées, soit parce que la maîtresse, en se faisant régler en billets, à défaut d'argent comptant, use d'une pratique familière pour satisfaire d'insatiables besoins d'argent, soit parce qu'avant de se donner à un vieillard, elle lui fait promettre de l'avantager dans son testament (1).

Il ne peut exister aucun doute sur l'intérêt persistant de cette jurisprudence et la doctrine n'a probablement pas voulu nier cet intérêt. Du moins, faut-il observer qu'elle devrait désormais rester étrangère aux véritables libéralités auxquelles on n'a pu l'étendre que par l'effet d'une *fiction*.

En Droit, les arrêts, dans leur dispositif, et les parties, dans leurs conclusions commettaient, sous l'empire de cette jurisprudence, une erreur en soutenant qu'une libéralité déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux pouvait être annulée comme ayant une cause illicite (2). Quand les juges annulaient, c'est qu'il n'y avait pas libéralité véritable ou qu'ils feignaient de voir dans l'acte qui leur était soumis un contrat synallagmatique.

Mais si tout se passait, en apparence, le plus régulièrement du monde, il n'en était pas moins choquant de voir les Tribunaux faire fi de la réalité profonde et forcer leur pensée afin de pouvoir atteindre les libéralités déguisées.

---

(1) V. Cass., req. 23 juin 1887 et 4 mars 1914 précités.

(2) V. les termes du pourvoi contre l'arrêt de Montpellier et le rapport du conseiller LARDENOIS, sous req. 23 juin 1887, précité.

Malgré les extensions successives apportées à l'idée fondamentale de cette jurisprudence, il est certain que les solutions admises par elle, dans son dernier état, pour les donations ouvertes, les legs, le cautionnement ne donnaient qu'une satisfaction incomplète au but que les tribunaux poursuivent depuis 1804, de lutter contre les libéralités immorales, puisque l'annulation en était subordonnée à la reconnaissance d'un marché caractérisé.

Cette subordination est, par principe, le trait dominant de toutes les conceptions qui se rattachent à l'idée de pacte honteux, strictement ou largement entendue. Elle résulte des théories de Merlin et d'Aubry et Rau auxquelles la jurisprudence s'est tour à tour ralliée.

Quelle que soit désormais l'attitude des Tribunaux en ce qui concerne la notion de cause elle-même, à l'avenir, éliminant toute fiction contraire à la réalité psychologique, les Tribunaux trouveront encore, dans la jurisprudence élaborée au siècle dernier, les armes nécessaires pour atteindre les pires des opérations entre concubins, ces contrats où l'argent est le prix du stupre, ces arrangements scandaleux où la maîtresse fait trafic de ses charmes et de sa jeunesse, dont l'objet est la prostitution puisqu'au sens élémentaire du mot, la prostitution n'est autre que la subordination des rapports sexuels à des considérations financières. Du moins, convient-il de remarquer que, dans cette mesure, on évolue dans le cercle des actes à titre onéreux, non dans celui des libéralités.

(§ 2) *APPLICATION AUX LIBERALITES ENTRE CONCUBINS DE LA CONCEPTION JURISPRUDENTIELLE DE LA CAUSE IMPULSIVE ET DETERMINANTE.*

Il restait donc un moyen, à la pratique, pour atteindre directement les libéralités déguisées ou non, en tant que telles, c'était *d'élargir le concept de cause,* d'adopter une notion de cause dans les libéralités, *dont il serait possible d'apprécier le caractère moral ou immoral en vue de l'annulation.*

Doctrine et jurisprudence jouissaient à cet égard, d'une grande liberté d'action. Le Code Civil n'a, nulle part, donné de définition de la cause. Ses rédacteurs penchaient bien pour son identification avec l'*animus donandi.* Mais le caractère incertain des origines historiques de la thèse considérée comme classique, le silence du Code qui se borne à décrire les effets de la cause ou de son absence, l'inutilité de la cause-intention libérale et enfin la répugnance marquée de notre Droit à reconnaître une valeur abstraite aux actes juridiques, constituaient autant d'arguments en faveur de l'élargissement de la notion de cause dans les libéralités.

La doctrine n'a pourtant songé à utiliser sérieusement ces arguments qu'assez tard, vers la fin du XIX[e] siècle, alors que la jurisprudence, orientée par les nécessités de la pratique vers un certain pragmatisme avait, depuis longtemps, construit de toutes pièces sa théorie *de la cause impulsive et déterminante.*

Nous allons retracer sommairement l'évolution suivie de 1804 à nos jours par la notion de cause dans les libéralités en insistant sur la création jurisprudentielle;

nous examinerons ensuite comment la théorie de la cause impulsive et déterminante, parvenue à son terme, s'est traduite, au cours de ces dernières années, dans la matière des libéralités entre concubins.

A) Evolution de la notion de cause dans les libéralités, en général.

a) *Doctrine.*

Les commentateurs de la première partie du XIX^e^ siècle auraient pu trouver d'utiles enseignements dans la doctrine des vieux auteurs, s'ils avaient osé passer pardessus la tête de Bigot-Préameneu et de Pothier pour rejoindre la tradition.

Dans la conception courante aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, héritée, semble-t-il, de Bartole et des glossateurs, il y a lieu de distinguer les libéralités pures et simples des libéralités avec charges car, dans les premières, la cause consiste dans l'intention libérale, tandis que dans les secondes, il faut rechercher le rôle que l'exécution de la charge a joué dans la volonté du disposant; s'il y était manqué, disait Domat, « la donation pourrait être révoquée *selon les circonstances* » (1). Le *simple motif,* la cause impulsive de nos anciens auteurs ne suffisait pourtant pas pour obtenir l'annulation. Ce qu'on prenait en considération à cet égard, c'était la *cause finale,* le *but visé.* « Quelquefois, expliquait Ricard (2), le legs fait avec charge comprend aussi tacitement la cause qui a porté le testateur à disposer, de sorte qu'en ce cas, il n'est pas seulement un legs sans charge, *mais avec cause,* ce qui fait qu'il participe à la

(1) Domat : *Loix civiles,* livre I, titre 10, des don. entre vifs, sect. I, n. 13.

(2) Ricard : *Dispos. conditionnelles,* ch. 4, n. 90.

nature des deux espèces, et, s'il se peut, présumer par les circonstances qui accompagnent le testament que la cause qui s'en induit ait été le *motif principal* qui ait excité le défunt à disposer de la sorte, et que cessant l'accomplissement de cette charge, il n'eût pas disposé, pour lors, la charge ne pouvant s'exécuter, elle est considérée comme non écrite. — La raison de cette limitation particulière résulte de ce fait que la cause affecte en ce cas la substance du legs, et comme elle a fait le principal motif de la disposition, le legs ne doit pas subsister si cette cause manque : 2, D. de donat. »

La quasi-unanimité des exégètes du Code Civil va pourtant préférer à la conception concrète de Domat, de Furgole et de Ricard, la conception abstraite de Pothier et de Bigot-Préameneu. Mais le souvenir des solutions anciennes n'est pas perdu par Toullier qui continue à voir dans la cause « *le motif qui détermine la promesse* » (1) et qui, à ce titre, a peut-être eu quelque influence sur la jurisprudence postérieure au Code.

*
* *

Ce n'est point ici le lieu de traiter longuement des différentes théories soutenues dans la doctrine au cours du siècle dernier et surtout dans sa seconde moitié. Il faut cependant noter que les auteurs modernes obéissent à deux grandes tendances.

L'une peut être considérée comme une conséquence naturelle de la conception classique de la cause. Puisque cette notion consiste uniquement dans *l'animus donandi*, elle se confond avec le consentement; elle n'a

(1) Toullier, t. VI, n. 166 et suiv. et t. V, n. 654 et suiv.

pas d'existence propre; c'est une idée inutile, fausse et superfétatoire; et les auteurs anticausalistes, Ernst et Laurent en tête, critiquent âprement toute solution tendant, par la prise en considération des motifs, à faire passer dans les arrêts, les idées morales ou religieuses des juges (1).

A l'autre tendance se rattachent les auteurs désireux de faire jouer à la notion de cause dans les actes à titre gratuit un rôle important; décidés, par voie de conséquence, à *l'élargir en la concrétisant.*

Certains, comme Aubry et Rau font encore une belle part aux idées classiques; ils repoussent l'application de la théorie de la cause aux libéralités entre concubins, mais ils reconnaissent déjà quelque effet au motif essentiel en proposant l'annulation « s'il résulte *de l'acte même de donation que la libéralité n'a eu pour mobile déterminant qu'un mobile illicite* » (2).

A l'inverse, Bufnoir, Planiol paraissent plutôt rallier le pavillon anticausaliste ; pourtant, si pour Bufnoir (3) la cause se confond, en principe, avec le consentement, du moins constitue-t-elle « *l'élément subjectif* qui vient compléter la volonté de celui qui s'oblige », ce qui permet à l'auteur de voir, en matière de libéralités, la cause dans le but commun des parties.

---

(1) A. Ernst : « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? » Réimprimé à la suite de la thèse de Timbal, Paris 1882, Laurent, t. XVI, p. 145 s. ; Brissaud, th. Bordeaux 1879. Comp. Laborde, Rev. gén. du Droit 1881 ; Séfériadès : Etude critique sur la cause, th. Paris 1897, chap. VII ; Huc, t. VII, n. 106 s. et t. VI, n. 38 à 43 ; Baudry-Lacantinerie et Barde : Tr. des oblig. t. I, n. 297 s.

(2) Aubry et Rau, 5e éd., t. X, n. 649 et suivants.

(3) Bufnoir : Propriété et contrats, 37e à 39e leçon.

Quant à Planiol, il ouvre toute grande la porte aux *motifs;* selon lui, il faut, « pour estimer l'intention du donateur en rechercher les motifs. Pourquoi le donateur a-t-il voulu donner? Etait-ce l'affection naturelle? Un lien de parenté ? Une pensée de charité ? Une ancienne amitié? Des services rendus? *Et quels services?* C'est là qu'est la solution; c'est là qu'on trouvera des armes pour *annuler les donations suspectes et donner satisfaction à la loi et à la morale* (1) ». Seulement Planiol se garde bien, pour autant, de confondre la cause et les motifs; pour atteindre une libéralité immorale, dit-il encore, « *l'idée de cause est tout aussi inutile ici qu'ailleurs : la moralité de l'acte s'apprécie d'après l'intention de l'agent : une libéralité est nulle quand son motif est contraire aux lois et aux bonnes mœurs.* »

Il se refuse, en somme, sur le terrain de la cause, à suivre, et la tradition historique, et l'opinion de Domat dont il fait remarquer par ailleurs qu'il trouvait la cause des donations dans le « *motif* de l'intention libérale » (2).

*
* *

Avec un troisième groupe d'auteurs, la tendance va se préciser, la doctrine entrer dans une voie nouvelle. Il s'agira moins de permettre aux juges de se déter-

---

(1) V. Planiol, Revue critique de Législation, 1888, p. 705. La contradiction de Planiol n'est peut-être qu'apparente ; cet auteur présente la théorie de la cause comme fausse et inutile. C'est à raison de l'*objet immoral* et en vertu de l'article 6 C. Civ. qu'il faudrait alors annuler les libéralités entre concubins.

Comp. note Labbé, sous Cass. 15 juillet 1878, S. 79..1.393.

(2) Planiol, Traité élémentaire, t. II, n. 1033.

miner sur n'importe quel motif et de les laisser procéder à des incursions indiscrètes dans le for intérieur que *d'analyser, en définitive, la recherche de la cause immorale dans les libéralités comme celle d'un élément concret dans la personne du donateur, du donataire, ou des deux à la fois.*

C'est dans la personne du gratifiant que Truchy et Tarbouriech trouvent le sentiment concret s'identiant avec la cause et qui, dans notre matière, ne sera autre que le désir illégitime « *de récompenser un service immoral ou d'inviter à l'accomplissement d'une action mauvaise* » (1). Par contre, c'est dans la personne du gratifié que M. Gauly a cru trouver la cause ou, plus précisément, « *dans une qualité qui fait que le don lui est adressé de préférence à tout autre* (2) ».

Ces idées ont largement influencé la doctrine la plus récente : « Il semble... bien, dit M. Joseph Hamel (3), *que ce soient les actes du concubin bénéficiaire qui constituent la cause de la libéralité du concubin disposant.* C'est parce que sa concubine a supporté certains dommages, ou lui a rendu certains services, ou lui a montré certaine affection, ou possède certains charmes dont il est grisé, que le disposant consent à se dépouiller; et l'idée de causalité domine la libéralité. Ou bien, le sacrifice est déterminé par le fait que

---

(1) Truchy : Les Fondations, th. Paris, 1888, p. 275 suiv. : « Il faut, dit M. Truchy, que la cause soit quelque chose de *concret* et de *tangible*, et non pas cette abstraction sur laquelle aucune influence extérieure n'a de prise » (p. 277).

Tarbouriech : De la cause dans les libéralités, broch. 31 pages, Paris, 1894.

(2) Gauly : Essai d'une définition de la cause, Revue critique de législation, 1886, p. 44.

(3) Joseph Hamel, thèse précitée, p. 259 s.

la concubine se fait payer d'avance certaines faveurs; et la finalité a dirigé l'intention libérale ». Deux éléments se retrouvent, en somme, dans la notion de cause, un élément *objectif* qui n'est autre que le fait de l'amant gratifié; un élément *subjectif* qui consiste dans le rapport de causalité ou de finalité entre ce fait et l'intention libérale du gratifiant.

La cause juridique des libéralités, pour M. Henri Capitant, ne se confond pas davantage avec les simples motifs et, même, elle est constituée, en principe, par l'*animus donandi*. Mais il arrive qu'un *mobile devienne déterminant;* il ne reste pas à l'état psychologique, il s'évade, pour ainsi dire, du for intérieur et devient la raison d'être de l'acte, le but visé par les parties. Dans cette mesure, il va se confondre avec la cause et la donation sera annulée si la fin poursuivie par les parties est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public (1).

---

(1) Capitant, ouvrage précité, p. 11, n. 4 : Ainsi, le but qui « fait partie intégrante de la manifestation de volonté créatrice de l'obligation » se distingue-t-il du simple motif, « raison contingente, subjective et par là même variable avec l'individu ».

M. Capitant continuant de penser qu'en principe la cause coïncide avec l'intention libérale, écrit (ouvr. précité, p. 74 note 2), à propos des libéralités rémunératoires : « le désir de récompenser le service rendu n'est que le motif qui détermine le donateur, ce n'est pas la cause de la donation qui est exclusivement ici l'*animus donandi*. Il n'est pas un élément constitutif de la donation et, par conséquent, même s'il est faux, même si les services n'ont pas été en fait rendus ou *s'ils ont un caractère illicite la donation subsiste* ». V. cependant le même auteur à propos des libéralités entre concubins qui constituent une catégorie importante de donations rémunératoires, p 426 et suivantes.

Comme M. Capitant, M. Louis Josserand (1) estime qu'en principe « toute libéralité entre vifs ou testamentaire doit procéder d'une *volonté libérale,* d'un *animus donandi* au sens large du mot, en dehors duquel elle ne saurait exister ». C'est ce critère d'ordre psychologique de l'intention de gratifier qui sert à distinguer, dans la réalité, l'acte à titre gratuit de l'acte à titre onéreux. Or, M. Josserand remarque, à son tour, que la théorie classique de la cause serait impuissante à assurer le règne de la justice et de la moralité, car « *elle a le tort de ne retenir que l'intention abstraite de libéralité* pour négliger complètement les mobiles individuels du disposant, mobiles infiniment divers et ondoyants et qui doivent exercer, sur la validité de l'opération, une influence décisive » (Cours de Droit positif, n. 1457). Dès lors, si l'on veut faire tomber les libéralités les plus choquantes, il convient de retenir ces mobiles individuels, ce que l'auteur appelle les « *mobiles-buts* », propulsifs de l'intention libérale; *bien qu'ils ne fassent pas corps avec l'opération,* qu'ils n'aient pas une valeur intrinsèque et organique, ils « *n'en colorent pas moins l'acte accompli sous son empire et le qualifient moralement et juridiquement* » (N. 1457, ouvr. précité).

Les conceptions de M. Georges Ripert se rapprochent de celles de M. Josserand en ce sens qu'il se refuse à admettre que le mobile principal puisse faire partie intégrante de la manifestation de volonté. En décidant, dit-il, que « les parties contractantes peuvent introduire dans le cercle de leur accord, telle ou telle consi-

---

(1) L. Josserand : Les mobiles, nos 123 et suivants ; Cours de Droit Civil positif français, 1930, t. III, p. 760, n. 1453 s. Libéralités entre concubins (n. 1422 s.).

dération qui en devient alors un élément constitutif », M. Capitant (ouvr. précité, p. 132, n. 111), ferme les yeux à la réalité, car le plus souvent, « *les motifs restent rigoureusement personnels* et, même, quand on prétend les faire rentrer dans la volonté commune, on s'aperçoit bien vite qu'ils ne peuvent être communs aux deux parties. Il y a connaissance des motifs, mais non acte de volition portant sur le même objet et se proposant la même fin » (1). Bien que pour M. Ripert, « il ne servirait de rien de protester contre une jurisprudence bien établie dans son principe », cet auteur rompt, en somme, avec la théorie de la cause impulsive et déterminante et il reproche aux auteurs qui s'y sont ralliés de persister à croire que la cause ne doit pas être confondue avec les motifs proprement dits, ce qui les amène à faire du mobile principal un des éléments du contrat et à le couper des autres mobiles. Or, pour M. Ripert, à supposer que le motif impulsif et déterminant coïncide avec le but poursuivi par les parties, il n'entre pas, à coup sûr, dans l'acte de volition. Il suffit donc de trouver, *même hors du contrat, « un seul motif pour que l'acte ait une cause et il suffit que parmi ces motifs, il y en ait un de coupable pour que l'acte soit illicite* » (Ripert, ouvr. précité, p. 65, n. 35). On pourrait objecter que ce motif n'a peut-être pas été réellement efficient dans l'esprit de celui qui l'a conçu. Mais, dit M. Ripert, il est impossible d'en décider autrement, « le problème qui se présente ici est un problème de causalité, semblable à celui que l'on rencontre dans la détermination de la responsabilité et qui est insoluble. *Entre plu-*

(1) G. Ripert : La règle morale dans les obligations, p. 60, n. 33.

sieurs mobiles qui poussent un homme à contracter, il est impossible d'affirmer la prépondérance de tel motif » (ouvr. précité, p. 65, n. 35). Force est bien de prendre en considération le motif dont on a pu établir la preuve.

*
* *

Il importe surtout de retenir de l'évolution de la doctrine, depuis la fin du XIX^e^ siècle, l'idée générale qui l'a guidée (1). La majorité des auteurs condamne aujourd'hui la *notion abstraite de la cause* et y introduit des *éléments concrets*. Nous avons moins,

(1) Les conceptions de M. Savatier paraissent, à cet égard, avoir subi une évolution remarquable.

Dans sa thèse (Des effets et de la sanction du devoir moral, thèse Poitiers, 1916, p. 356 s.), cet auteur écrivait : « Nous arrivons enfin aux obligations illicites qui le sont effectivement à raison de leur *cause. Ce ne peut être le cas des libéralités. De deux choses l'une, ou bien celles-ci apparaissent comme dictées par l'intention libérale de leur auteur, et alors, pourvu qu'elles se soumettent à la réglementation légale concernant leurs formes et leur montant, elles sont forcément licites, ou bien elles ne sont pas dictées par l'intention libérale, mais par celle de rémunérer une contre-prestation, c'est-à-dire d'effectuer un paiement ou une novation.* Alors, elle ne sont pas de véritables libéralités, mais en réalité des actes à titre onéreux, soumis aux règles générales gouvernant cette catégorie ». Il est bon de remarquer qu'en 1916, la théorie de la cause-intention libérale est encore prédominante en jurisprudence, tout au moins dans la matière des libéralités entre concubins.

M. Savatier semble avoir suivi une évolution parallèle à celle de la jurisprudence. Au cours d'une série d'observations, à propos de décisions récentes, dans la Revue Trimestrielle, il critique moins la théorie de la cause impulsive et déterminante dont il reconnaît qu'elle peut donner de bons résultats qu'il ne s'en prend à l'indulgence excessive, en fait, des Tribunaux à l'égard des concubins. V. Infra.

ici, à prendre parti, en effet, sur la valeur des conceptions doctrinales qu'à déterminer leur tendance commune, leur origine et l'esprit dans lequel elles ont été conçues.

Or, dans la pensée des auteurs, il s'agissait manifestement de faire des articles 1131 et 1133 une arme efficace à l'encontre des donations immorales. La jurisprudence, directement intéressée, a inspiré les auteurs. En particulier, les travaux récents de M. Hamel et de M. Capitant constituent, avant tout, une *systématisation des données de la pratique* (1).

b) *Jurisprudence : cause impulsive et déterminante.*

L'*animus donandi* restait donc, en principe, la vraie cause de la libéralité, mais la jurisprudence se refusait à la considérer toujours comme un élément abstrait, dégagé de toute contingence, et elle s'attachait parfois à la fin poursuivie par les parties.

Les premières applications de la cause impulsive et déterminante apparurent en matière de legs purs et simples consentis au profit d'enfants adultérins ou incestueux. Il n'est pas question ici des dispositions au profit d'enfants dont la filiation se trouvait officiellement reconnue et qui tombaient logiquement sous le coup de règles prohibitives. Il s'agissait d'annuler, comme ayant une cause immorale, les libéralités en faveur d'enfants dont la qualité était avouée, dans l'acte, par le gratifiant. Le 4 janvier 1832, était intervenu en ce sens le fameux arrêt Pendariès aux termes duquel « une libéralité faite au profit d'un enfant

(1) Sur cette matière, voyez surtout les ouvrages de J. Hamel, thèse précitée, p. 76 et suiv., chap. II et III ; H. Capitant, ouvrage précité, p. 426 s.

adultérin ou incestueux, *lorsqu'elle a évidemment pour cause cette qualité d'enfant adultérin ou incestueux du donateur est incontestablement contraire aux bonnes mœurs* » (1).

Du moins, dans ce premier état de la jurisprudence, la croyance à la paternité ou à la maternité doit ressortir de l'acte même de donation. Cette exigence dite de la *preuve intrinsèque* ne touche d'ailleurs pas le fond du droit et nous aurons à y revenir (2).

La jurisprudence transporta peu après sa conception de la cause impulsive et déterminante dans la sphère des libéralités avec charges et l'utilisa pour compléter les termes de l'article 900 C. Civil. Elle s'avisa, à cet égard, de distinguer suivant l'importance que le disposant attachait à l'exécution de la condition. Ainsi fut-elle amenée à discerner *le modus* de la *condition proprement dite*. Quand le juge se trouvait en présence d'une simple clause, il se bornait généralement à l'application de l'article 900 qui répute non-écrites celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs. Au contraire, s'il avait affaire à une charge, il l'annulait quand, du moins, *le modus avait été la cause déterminante de la libéralité.*

Imaginée en 1863 par la Chambre des Requêtes, consacrée en 1868 par la Chambre civile, cette jurisprudence allait par la suite faire l'objet d'arrêts innom-

---

(1) Civ. 4 janvier 1832, Pendariès c/ Dugourd, S. 1832.1.145 ; Civ. 7 déc. 1840, Benoit c/ héritiers Bernard, S. 1841.1.140 ; Req. 30 sept. 1860, Pinta c/ Launay, D. P. 1860.1.458, S. 1860.1.834.

(2) V. infrà, sous-section II sur la preuve de la cause immorale.

brables en matière de fondation d'écoles congréganistes (1).

Très solidement établie, dès lors, la conception nouvelle a connu un nouvel essor, *ratione materiae*. Le 2 janvier 1907, la Chambre Civile l'a utilisée dans une hypothèse voisine de notre matière. Il s'agissait d'une institution contractuelle mutuelle intervenue entre époux ayant décidé de se séparer à l'amiable; la libéralité avait pour but d'assurer l'exécution de la convention pendant la vie des époux. La Cour de Cassation prononça l'annulation en notant que « *les dispositions à titre gratuit sont nulles comme les dispositions à titre onéreux, quand elles reposent sur une cause illicite* » et permit même de rechercher la preuve *en dehors des énonciations de l'acte* (2).

Ainsi, les tribunaux ont de bonne heure et de plus en plus largement introduit *la finalité* dans la notion de cause des libéralités. De fait, il semble difficile de maintenir une solution divergente pour les libéralités entre concubins, et pour celles qui interviennent en faveur d'enfants adultérins ou incestueux ou entre époux dans l'intention de consolider une séparation contraire à la loi.

Nous avons vu pourtant qu'en matière de dons et legs entre amants, les Tribunaux étaient restés longtemps fidèles à l'idée abstraite de cause. Cependant, nous donnerions une idée incomplète de la jurisprudence suivie en notre matière si nous omettions d'observer les répercussions de la théorie de la cause impul-

---

(1) Req., 23 juin 1863, D. P. 1863.1.429 et S. 1864.1.269 ; Civ. 7 juillet 1868 (motifs), D. P. 1868.1.446. Sur toute cette jurisprudence, V. CAPITANT, ouvr. précité, n. 200 s.

(2) Cass. 2 janvier 1907, D. 1907.1.137 et la note Ambroise Colin ; S. 1911.1.585 et la note Albert Wahl.

sive et déterminante sur elle et si nous ne recherchions pas dans quelle mesure les arrêts récents sont venus confirmer la thèse qui tend à confondre la cause et les mobiles, soit en étendant aux dons entre amants, la conception du motif déterminant, soit même comme on l'a soutenu en identifiant purement et simplement la cause et les motifs.

B) Manifestation de l'idée de finalité dans la cause des libéralités entre concubins

La Jurisprudence s'est donc trouvée à faire usage du motif impulsif et déterminant, dans certaines catégories de libéralités, au moment même où, pour les libéralités entre concubins, elle affermissait sa conception fondée sur l'existence d'un pacte immoral.

A ce moment, la situation était la suivante : la jurisprudence relative à la cause des libéralités présentait un double aspect; s'agissait-il du legs fait à un enfant adultérin? D'une donation subordonnée à l'exécution du *modus* immoral? Le Tribunal saisi annulait en excipant de la *cause immorale de la libéralité*. S'agissait-il d'un don ou d'un legs entre amants? Suivant le cas, *le même Tribunal* annulait ou validait l'acte, feignant de voir en lui, s'il annulait, *un contrat commutatif*. remarquant au cas contraire *que la cause de la libéralité n'était autre que l'intention libérale*.

Quand une jurisprudence présente des *solutions divergentes* au sujet *d'une même notion juridique*, il est certain que ses tendances variées réagiront l'une sur l'autre jusqu'au moment où l'une d'elle, se généralisant, englobera les catégories d'actes visées par les autres. Une jurisprudence, si divisée soit-elle, finit toujours par s'unifier.

C'est ainsi qu'à l'époque où les Tribunaux utilisaient l'idée de marché avec le plus de rigueur, quelques décisions isolées avaient fait état, pour annuler des libéralités entre concubins, de l'immoralité de leur motif impulsif et déterminant. Un jugement du Tribunal de Montdidier affirmait que la nature même des choses démontrait la nécessité de déclarer nulles les actes à titre gratuit « *quand leur cause finale ou déterminante ne réside pas seulement dans la volonté de donner, mais dans une offense aux lois et aux bonnes mœurs* » et le Tribunal ne validait le legs d'un amant à sa maîtresse que parce que l'acte litigieux « n'énonçait pas qu'il ait été la cause déterminante de la disposition » (1).

Les répercussions du système de l'arrêt Pendariès, dans notre matière, étaient plus caractéristiques encore dans un arrêt rendu le 15 février 1893, par la Cour de Paris, adoptant les motifs d'un jugement du Tribunal de la Seine du 10 décembre 1890 (2). Cet arrêt, ayant à statuer à la fois sur des legs dérivant de relations intimes et procédant de la pensée que le disposant était le père adultérin de certains des gratifiés admettait que la nullité *des uns et des autres* pouvait être

---

(1) Trib. civ. Montdidier, 20 janvier 1865, ss Cass. req. 2 juillet 1866, S. 1866.1.316. P. 1866.979 et D. 1866.1.377, Levrien c/ Verney.

(2) Paris, 15 février 1893, D. P. 1893.2.416. Consorts Mayer c/ Dlle Dhuicque et autres. V. encore Rennes 4 juin 1894 ss Cass. civ. 30 nov. 1896, D. P. 1897.1.449, Dame Grégoire c/ Huet, note L. S. La Cour de Rennes semble se rallier à la même thèse ; le pourvoi en cassation ne portait pas sur le chef relatif à l'immoralité de la cause de la libéralité déguisée.

On cite à tort, dans ce sens Req. 2 février 1853, précité. V. pourtant HAMEL, th. précitée, p. 254, note 1.

prononcée s'il résultait de l'acte même de libéralité *une relation « entre la cause et les libéralités qu'elle avait déterminées »*.

L'analyse de ces décisions montre, en outre, qu'en subordonnant la nullité à la preuve intrinsèque de la cause, les Tribunaux entendaient s'en tenir réellement à la notion de motif impulsif et déterminant, s'abstenir de rechercher les motifs jusque dans le for intérieur des parties (1).

Mais il ne s'agit encore que des contre-coups inévitables d'une conception solidement établie dans un domaine encore soustrait à son influence ; dans l'arrêt de la Cour de Paris, notamment, il était difficile pour les juges d'affirmer successivement que la cause des libéralités attaquées était le motif déterminant, puis *l'animus donandi*. Tout ce qu'on peut dire, c'est que dans une espèce particulière, ils ont hésité à tirer concurremment toutes les conséquences du double système construit par eux.

*
* *

Or, nous avons montré comment l'arrêt du 2 janvier 1907 était venu étendre cette jurisprudence à une donation entre époux en vue de réaliser entre eux une séparation amiable, comment, aussi, sa substance était passée quelques mois plus tard dans un arrêt de Bastia qui, tout en annulant une disposition entre concubins, comme constituant en réalité un pacte immoral, affirmait néanmoins, après la Chambre Civile, la possibilité d'atteindre tous les actes à titre gratuit sur cause immorale (2).

---

(1) Comparez G. Ripert, ouvr. précité, n. 34, p. 69.
(2) V. Supra.

La jurisprudence relative au motif déterminant ayant reçu cette extension très large, on devait inévitablement en arriver à l'appliquer aux *vraies* libéralités, entre concubins, aux actes dans lesquels il fallait plutôt voir une simple rémunération qu'un véritable marché d'autant que les dons entre amants, en raison de leur caractère rémunératoire, semblaient assez proches des libéralités avec charges (1).

Les tribunaux belges avaient effectivement, quelques années plus tôt, fait application du motif impulsif et déterminant à des *libéralités déguisées* sous forme de prêt et la Cour de Cassation belge avait statué dans le même sens (2). C'est aussi en matière de *libéralités déguisées et indirectes* que les premières décisions françaises intervinrent (3).

La Cour de Paris, dans un arrêt du 23 juillet 1914 soutint, dans ses motifs, à propos d'une assurance-sur-la-vie, « qu'il est certain, en droit, qu'une libéralité, *sous quelque forme qu'elle se cache,* doit être déclarée

---

(1) Il a été jugé, en effet, que la libéralité avec charges pouvait être, comme la libéralité entre concubins, un pacte immoral, en réalité. De fait, la charge ne peut-elle être considérée parfois comme une contre-prestation équivalente au montant de la libéralité, comme transformant celle-ci en prestation à titre onéreux ? Il y a alors « prétendue libéralité. » Cass. 17 juin 1905, S. et P. 1906.1.174. Par suite, libéralités avec charges et libéralités entre amants s'analysent, les unes et les autres, comme des *donations mélangées d'un contrat à titre onéreux*. Comp. Kœppen (W.) : Das negotium mixtum cum donatione, 78 p., Berlin, 1901 et l'observ. de la Rev. trimestrielle, 1902.173.

(2) Cass. belge, 14 mai 1903, Pasicrisie, 1903.1.216 ; Bruxelles, 9 mai 1902, Pasicrisie, 1903.2.131 (Rev. trimestrielle, 1904.603).

(3) Cass. req. 4 mai 1908, Galland c/ dame Revel (motifs), Gaz. Pal. 1908.1.700.

nulle comme immorale lorsque sa *cause impulsive et déterminante n'a été que d'établir ou de maintenir des relations de concubinage* » (1). Par contre, la Cour de Lyon s'exprimait moins nettement deux ans plus tard à propos d'une espèce analogue : le stipulant, après avoir contracté l'assurance au profit de sa maîtresse en avait, peu après, attribué par avenant régulier le bénéfice à sa femme légitime et il s'agissait de savoir si la Compagnie pouvait verser l'indemnité à la concubine, toujours en possession de la police ; la Cour de Lyon décida que la Compagnie devait se libérer entre les mains de la femme légitime, « attendu que les fréquentes demandes d'argent de la demoiselle R. démontrent que la libéralité de S. a été *motivée* par le désir de conserver des relations auxquelles il tenait » (2), sans

---

(1) Paris, 23 juillet 1914, Dlle H. c/ G. et la Cie la New-York, D. P. 1918.2.51.

(2) Lyon 30 mars 1916, D. P. 1918.2.51, Vve S. c/ dem. R. et Cie la New-York ; Rec. assurances 1919-65. Comp. Paris 5 mai 1925 D. H. 1925.474, S. 1925.2.59, Gaz. Pal. 1926.2.494 et Rev. trim. 1925 j.631, Rev. critique 1927, observ. Desserteaux (Dame Vve C. c/ Dem. S et Cie *La Prévoyance*). Cette dernière décision semble de la même façon confondre cause et motifs... « quelque forme qu'elles revêtent, celles-ci (les libéralités entre concubins) n'ont une cause illicite et ne sont, par suite, dépourvues d'effet que si elles sont *inspirées* par la volonté d'établir, etc... »

Une question intéressante peut effectivement se poser quand la libéralité indirecte résulte d'une assurance sur la vie — et elle a été résolue en fait par la Cour de Lyon — au cas où la stipulation contenue dans l'assurance est annulée. Dans l'espèce, la Cour a admis que la somme assurée devait revenir à la personne désignée dans le nouvel avenant. Si le gratifiant n'avait pas fait de nouvel avenant, la somme reviendrait sûrement à la succession de l'assuré. Il faut noter que cette solution n'est pas celle qui est admise en matière de rapport ou de quotité disponible, la stipulation

s'expliquer davantage sur le caractère déterminant du mobile pris en considération.

La Chambre Civile vint enfin consacrer, dans les motifs d'un arrêt du 11 mars 1918 (1), la construction jurisprudentielle en décidant que la donation *déguisée* sous la forme d'un acte à titre onéreux, en l'occurence des billets souscrits en blanc, devait être annulée si elle avait pour but soit la formation, la continuation de la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération.

Aujourd'hui, on peut dire que la jurisprudence nouvelle tend à s'assimiler toutes les espèces dans lesquelles les tribunaux auraient, vingt ans plus tôt, feint de reconnaître des contrats commutatifs; c'est *en tant que libéralités qu'ils annulent désormais les donations déguisées* sous forme de reconnaissances de dette (2), de cession (3) ou de vente de fonds de commerce, de

---

étant annulée *pour le tout et non seulement jusqu'à concurrence des sommes versées.* Comme le remarque M. Demogue (Rev. trimestrielle, 1919.508, observation), « la cause « illicite fait annuler l'acte tout entier : non seulement la « donation, laquelle n'existe qu'à concurrence des déboursés « faits, mais même la disposition elle-même en tant que « simple bénéfice procuré au tiers ».

(1) Civ. 11 mars 1918, Compayré c/ Dlle Combes, D. P. 1918.1.100 ; S. 1918.1.170 ; Gaz. Pal. 17 avril 1918 ; Rev. trimestrielle 1918.152, observ. Wahl.

(2) Cass. 20 octobre 1920, Vve Porre c/ dame Clapin, S. et P. 1921.1.28, Gaz. Pal. 1920.2.568 et Gaz. Trib. 14 février 1926.

Montpellier, 11 mars 1925 (Gaz. Pal. 1925.2. Table, v° Donation n° 6 et Mon. jud. Midi 1er mai 1925 (motifs). Comp. Aix 7 mai 1928, Gaz. Pal. 1928.2.444 (motifs).

(3) Besançon, 4 juin 1924 (motifs), Gaz. Trib. 1924.2.548.

bail (1), de promesse de rente viagère (2), de billets (3), de vente ou d'apport dans un contrat de mariage apparemment fait par la future épouse, mais émanant, en réalité, de son fiancé et concubin (4).

Ainsi, lorsqu'il y a libéralité déguisée plutôt que marché vrai, marché formel, les arrêts récents se détachent-ils progressivement de la cause-intention libérale et se rallient-ils à la théorie de la cause impulsive et déterminante dont la construction peut, dès lors, être considérée comme achevée en doctrine et en jurisprudence (5).

*
* *

Quelques difficultés subsistaient pourtant. Tout d'abord, les décisions examinées jusqu'ici avaient presque toujours statué sur des libéralités déguisées, rare-

---

(1) Cass. 8 juillet 1925, Vve Gaunard c/ Mirham, S. 1927. 1.294.

(2) Pau, 26 mai 1925, Gaz. Trib. 1925.2.137 (annule une telle promesse en tant qu'acte unilatéral).

Req. 8 juin 1926 (note Savatier) précité.

(3) Trib. civ. Seine, 19 juin 1925, Gaz. Trib. 1925.2.138, loi 23 février 1926. Comp. Trib. civ. Bourg, 3 mai 1927, loi 16 juillet 1927, Recueil des Sommaires de la jurisp. fr. Trib. civ. 1927 n. 3600. V. surtout Cass. req. 28 oct. 1931, Gaz. Pal. 1931.2.933, Gaz. Trib. 9 janvier 1932, Dlle Madec c/ Vve Martinet.

(4) Cass. civ. 11 avril 1932, Vve Colombon c/ épx Vincent, Gaz. Pal. 1932.2.149.

(5) V. J. Hamel, thèse précitée ; Capitant, ouvr. précité ; Josserand, ouvr. précité, p. 169, n. 129 s. ; Savatier, note sous req. 8 juin 1926, D. 1927.1.113 ; Ambr. Colin, ss Cass. 2 janvier 1907, D. 1907.1.137 ; Planiol et Ripert, t. II, par André Rouast, n. 75 ; t. V par André Trasbot, n. 264 et suiv. et notamment 266 ; A. Trasbot : Revue critique 1929, jur. civ. p. 449.

ment sur des dispositions indirectes, jamais sur des donations ouvertes. Devait-on en conclure que les juges hésitaient à étendre la jurisprudence nouvelle aux *libéralités qui n'empruntaient pas leur forme aux actes à titre onéreux,* de même qu'ils avaient hésité, quelques années plus tôt, à atteindre les donations en forme qui recouvraient de véritables marchés ? Il n'y avait aucune raison de rétablir un tel critérium de forme ; aussi bien, il ne semble pas que les tribunaux aient entendu consacrer une distinction fondée sur le fait « que de son passage dans le moule de l'acte à titre onéreux, la libéralité aurait gardé quelque affinité avec la notion de cause » (1).

En réalité, la raison péremptoire de l'état de la jurisprudence se trouvait établie par cette constatation sur laquelle nous avons déjà eu l'occasion d'insister que la pratique n'offre que de rares exemples de donations en la forme entre concubins. Après quoi, il semble superflu de remarquer que les Tribunaux devront, le cas échéant, atteindre au même titre la donation *déguisée* sous forme de billets, par exemple, et la libéralité *ostensible,* car l'une et l'autre peuvent, selon la formule consacrée, avoir pour but la formation, la continuation ou la reprise de rapports immoraux, ou leur rémunération ; elles doivent, de plus, être soumises aux mêmes règles de fond. Aussi bien, la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité, au cours de ces dernières années à annuler directement des actes que les Tribunaux n'avaient qu'exceptionnellement osé atteindre par le détour du pacte immoral, des dons manuels (2)

---

(1) J. Hamel, th. précitée, p. 253.

(2) Nancy, 29 décembre 1926, Gaz. Trib. 1927.2.476, arrêt rendu sur appel d'un jugement Trib. civil de Nancy 8 dé-

et des legs (1) et à viser des cas inédits de libéralités indirectes tels que les remises de dette dont « la cause réside *uniquement* » dans le concubinage (2).

***

Une difficulté plus sérieuse apparaissait quand on s'avisait de serrer de plus près l'étude de la notion de cause telle qu'elle résulte des arrêts récents dont il a été fait état. Leur rédaction a parfois fait penser que les Tribunaux avaient entendu confondre la cause et les motifs dans les libéralités entre amants. De fait, un grand nombre de leurs décisions s'abstiennent d'employer l'expression rituelle de « *motif impulsif et déterminant* ». On y parle sans précision de dispositions « *inspirées* » (3), ou « *motivées* » (4) par une pensée ou par un désir immoral. Parfois, on n'hésite pas à dire, quoique de façon plus barbare, qu'une donation doit être déclarée valable quand « *le véritable animus donandi* reste inconnu » (5), voulant manifestement

---

cembre 1925, Gaz. Trib 1926.2.411 (l'amant plaçait, au Crédit Municipal, de l'argent au nom de sa concubine).

Comp. Req. 16 avril 1923, D. P. 1923.1.172, S. 1923.1.343 et Gaz. Trib. 1923.1.222, motifs (objets et bijoux). Trib. civ. Mantes 13 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.612, motifs (automobile).

(1) Cass. 8 juillet 1925, précité.

(2) Paris 10 novembre 1925, Gaz. Trib. 1926.2.288, Sevrier c/ dame Rousseau.

(3) Trib. civ. Bourg 3 mai 1927, la loi 16 juillet 1927, Rec. Som. jur. fr. Trib. civ. 1927 n. 3600; Paris 16 novembre 1927, D. H. 1928.57 ; Paris 5 mai 1925, D. H. 1925.4.74, S. 1925.2.59 ; Cass. 8 juillet 1925, S. 1927.1.294 ; Nancy 29 décembre 1926, Gaz. Trib. 1927.2.476.

(4) Lyon, 30 mars 1916, D. P. 1918.2.51.

(5) Trib. civ. Mantes, 13 février 1931, précité.

entendre par là que l'intention libérale, notion abstraite et inutile, n'est que l'écorce sous laquelle vivent intensément des sentiments concrets : affection, reconnaissance, désir de récompenser des services rendus, et que la nullité de l'acte doit être subordonnée à leur existence et à l'appréciation qui en sera faite par le juge.

A cette considération qui touchait à la terminologie des arrêts, on pouvait d'ailleurs songer à en joindre une autre relative à la preuve. Jusqu'au grand arrêt de principe du 2 janvier 1907, on peut dire qu'en gros les Tribunaux s'en étaient tenus à la *preuve intrinsèque*, montrant ainsi qu'ils n'entendaient se saisir du motif *que s'il était déterminant par son incorporation dans l'acte*. Depuis lors, tout est changé à cet égard, les juges ne se font pas faute de passer outre aux énonciations de l'acte, dans leur recherche de la preuve. N'étaient-ils pas amenés, par suite, à prendre en considération les simples mobiles, à pénétrer dans le for intérieur des individus en s'évadant du contrat lui-même ? Ne pouvait-on, en définitive, établir une corrélation entre l'abandon, par certains arrêts, d'une terminologie consacrée, d'ailleurs créée par la jurisprudence et la faculté désormais reconnue aux juges de recourir à la *preuve extrinsèque* et conclure qu'ils ont entendu abandonner, dans notre matière, la théorie de la cause impulsive et déterminante ?

A la réflexion, on pourrait être surpris si telle avait été la pensée de la jurisprudence. Il faut surtout se garder d'un examen hâtif et proclamer à priori que les Tribunaux ont entendu identifier la cause et les motifs. N'oublions pas, en effet, que la recherche du motif déterminant dans les libéralités rémunératoires ne remonte guère à plus d'une décade, que les juges modernes se heurtaient sur le terrain des dons entre amants à cette conception solidement ancrée, maintes

fois consacrée que la cause des libéralités n'était autre que l'*animus donandi* et que, par réaction, ils étaient portés à ne pas s'en tenir au motif déterminant proprement dit. Ainsi, n'est-il pas étonnant que la terminologie des décisions récentes ne présente pas toujours la précision et la fixité désirables. Beaucoup d'entre elles n'emploient pas une appellation usuelle en ce qui concerne, par exemple, les donations avec charges. Mais leur intention est-elle douteuse, sur le terrain de la terminologie même, quand les circonstances du concubinage sont présentées comme la « *cause unique* » de la libéralité ? Les Tribunaux ne montrent-ils pas ainsi leur désir d'écarter tous les autres motifs considérés comme non déterminants ? (1).

Les expressions employées par les Tribunaux dans une matière encore peu explorée ne sont, souvent, que des étiquettes plus ou moins précises, plus ou moins

---

(1) Paris 10 novembre 1925, Sevrier c/ dame Rousseau, 1926.2.288.

On pourrait songer, cependant, à donner de l'expression ainsi employée par certains Tribunaux une autre interprétation. Les motifs d'une libéralité sont multiples. Il est inutile de songer à les découvrir tous. Dès lors, il suffirait de prouver *un seul motif* pour que l'acte ait une cause et la cause serait immorale si le motif prouvé était coupable. Ainsi, l'expression relevée viserait principalement une question de preuve.

Cette interprétation qu'à notre connaissance personne n'a songé encore à soutenir cadre, à vrai dire, mal avec la théorie de la cause impulsive et déterminante, car enfin le *motif prouvé* n'est pas nécessairement le *motif principal* de la libéralité.

M. Ripert ne serait, sans doute, pas loin de l'adopter. RIPERT : ouvr. précité, p. 65, n. 35.

Comp. Cass. req. 21 juin 1926, Epoux Kirsch c/ Davoust, S. 1926.1.294.

exactes. Que si la jurisprudence avait entendu s'attacher désormais aux simples mobiles, elle n'aurait vraisemblablement pas manqué de répudier sans ambiguité une construction juridique, vénérable par son âge, depuis longtemps achevée en jurisprudence et que, précisément, les auteurs commençaient à systématiser.

Mais surtout, les arrêts considérés comme douteux s'inspiraient tous, pour annuler les libéralités, de leur caractère rémunératoire. Ainsi les décisions réputées comme ne répondant plus à l'orthodoxie de la doctrine et de la jurisprudence s'attachaient toutes, dans leur dispositif, de même que ceux qu'on estimait plus conformes à une saine doctrine, à rechercher s'il y avait rémunération de relations immorales. Le caractère rémunératoire du don ou du legs entre amants, véritable miroir de sa validité ou de sa nullité était, dans tous les cas, sa cause impulsive et déterminante.

*
* *

Le problème de la confusion de la cause et des motifs peut bien se poser en doctrine ; la jurisprudence l'a repousse, du moins dans la sphère des libéralités entre concubins.

En fait, la question se présente-t-elle bien ainsi ? Les arrêts notent correctement que la pensée immorale a été le motif déterminant et que ce motif coïncide avec le but poursuivi par les parties, qu'à ce titre, il est inséparable du contrat lui-même. Peut-être, dans la réalité vivante, les Tribunaux vont-ils être amenés à sonder les cœurs des contractants et à refuser de reconnaître toute « volonté mue par de coupables motifs ». A cet égard, il ne faut pas sous-estimer l'abandon, par la jurisprudence, de l'exigence de la preuve intrinsèque. Sans doute, en se ralliant à la conception de ce que M. Josserand appelle les « *mobiles-buts* », en d'au-

tres termes, à une conception finaliste de la cause, la jurisprudence a-t-elle entendu condamner les incursions indiscrètes dans le for intérieur (1). De fait, il a été dit que les intrusions de cette nature n'étaient guère à craindre sous le régime de la preuve intrinsèque (2). Mais va-t-il en être de même, si les juges acquièrent la faculté de rechercher le motif déterminant *en dehors des énonciations de l'acte* ? Le problème de la preuve n'est pas, en ces matières, sans influence sur le fond du droit. Dans ce sens, M. G. Ripert a pu écrire qu' « *en repoussant la théorie de la preuve intrinsèque on supprime la barrière qui s'opposait aux recherches d'intention* » (3).

Sous-section II

Preuve de la cause immorale

Les règles relatives aux modes de preuve et à leur production en justice sont généralement établies de façon précise par la loi et la jurisprudence, et il est indiscutable qu'elles peuvent constituer une limitation sérieuse à la liberté des juges, caractéristique de notre matière quant au fond du droit.

A qui incombe et comment se déplace le fardeau de la preuve? On peut douter que les Tribunaux aient

---

(1) L. Josserand, ouvr. précité, p. 140, n. 108 suiv.

(2) Henri Capitant, ouvr. précité, p. 468, n. 214 ; v. encore note Walh, sous S. 1911.1.585 et note Ambroise Colin, D. P. 1907.1.137.

(3) G. Ripert, ouvrage précité, p. 70, n. 34 *in fine*.

songé, à cet égard, à modifier les solutions admises en Droit Commun.

Quoique certains Tribunaux aient jugé bon d'insister sur ce point, il n'a jamais été contesté que c'est bien au demandeur à prouver ou offrir de prouver l'immoralité de la cause (1). La règle : *onus probandi incumbit actori* est implicitement contenue dans tous les arrêts relatifs aux libéralités entre amants. Lorsqu'ils l'expriment de façon formelle, c'est, dit M. Savatier, une « affirmation naïve et aveugle », une simple superfétation.

A la vérité, la Chambre des Requêtes a paru admettre une fois (2), dans le cas d'un billet non causé, que le débiteur n'avait rien à prouver et que c'était au créancier d'établir que la cause du billet était licite. Mais, dans l'espèce, la concubine s'était rendue irrecevable à invoquer l'adage : *onus probandi*... Elle avait offert de prouver que le billet avait été souscrit postérieurement à la cessation des relations intimes, uniquement à titre de réparation, et le Tribunal avait partagé l'erreur de droit de ses conclusions. Dans ces conditions, le moyen proposé devant la Cour de Cassation se heurtait à l'offre faite lors de l'interlocutoire et à cette jurisprudence selon laquelle les questions relatives à l'admissibilité des preuves et aux obligations respectives des parties à cet égard, ne touchant

---

(1) Trib. civ. Mantes, 13 février 1931, Gaz. Pal. 1931.1.612 ; Revue trimestrielle, 1931, p. 633, observation Savatier.

(2) Il n'existe pas davantage de dérogation au Droit Commun, en cas de billet non causé. Le débiteur ne peut mettre, à la charge du créancier, la preuve qu'il existe une cause licite.

Cass. req. 20 juillet 1885, Dlle Pétot c/ Mairot, D. 1886.1. 291.

qu'aux intérêts privés, sont susceptibles d'engagements et de renonciations.

Ces règles de Droit commun, incontestées en notre matière, ne méritent guère qu'un simple rappel (1). En revanche, les *modes de preuve* de la cause immorale ont été discutés ardemment. *L'objet de la preuve* de la cause immorale était lui-même fort imprécis et les arrêts n'avaient pas tenté de l'analyser.

(§ 1) *OBJET DE LA PREUVE DE LA CAUSE IMMORALE*

Il n'est pourtant pas impossible, croyons-nous, d'extraire de la diversité et de la confusion des décisions de nos Tribunaux une notion assez précise et pratiquement satisfaisante de l'objet.

De façon schématique, on peut conclure à l'existence de deux éléments. Une *situation de fait de caractère immoral* est d'abord nécessaire; c'est là *l'élément matériel,* le corps et le fondement de la répression. Un premier point est certain : cet élément objectif, quelque soit son degré d'immoralité et la réalité de son existence, ne saurait être considéré comme suffisant pour obtenir l'annulation. Sur ce point, la jurisprudence n'a pas varié. Elle a toujours pensé justement, sans toutefois l'exprimer formellement, qu'on aboutirait à rétablir indirectement l'ancienne incapacité en

(1) V. Crutzesco : Des donations entre concubins, thèse Paris, 1912, p. 90 et suiv. qui a abondamment développé cette matière.

confondant la preuve de la cause immorale et celle des relations sexuelles (1). Au cours de la première moitié du XIX[e] siècle, cette jurisprudence a pris une forme caractéristique; la prohibition ayant disparu, les Tribunaux vinrent décider que la preuve du concubinage était devenue inutile, et frustratoire puisque, même si elle était rapportée, on ne pouvait plus l'invoquer en faveur de l'anéantissement de la disposition (2).

Tout en déclarant cette preuve irrecevable désormais, les juges n'en pensaient pas moins à l'immoralité des situations de fait. Mais il est évident que le degré d'immoralité de la donation importe peu si on s'en tient à la preuve de l'élément matériel (3).

---

(1) Nous verrons ce qu'il faut penser aussi des thèses qui voient dans les libéralités à cause douteuse, un motif toujours suffisant pour obtenir l'annulation dans le seul fait des relations sexuelles. V. infrà.

(2) Grenoble, 17 janvier 1812, ROQUETTE, S. et P. chr.; Poitiers, 13 therm. an XI, GARREAU, S. et P. chr.; Cass. 28 juin 1820, LEGROING, S. et P. chr.; Cass. 15 nov. 1826, COTTUN S. et P. chr.; Cass. req. 30 décembre 1829, PERETHON, S. chr.; Cass. req. 19 janvier 1830, TEILLIER, S. et P. chr.; Paris, 19 germ. an XII, CASTAGNY, S. et P. chr.; Nîmes, 29 thermidor an XIII, BOULE, R. 269; Cass. 30 mai 1826, DUNAND, S. et P. chr. ; Paris 17 juillet 1826, Hil c/ Gal, S. et P. chr.; Liège 11 avril 1829; R. 270 et Pasicr. belge 1829, 141; Bordeaux 21 août 1833; MARCILHAC, R. 269.

(3) A la vérité cet élément matériel qui n'est pas suffisant pour obtenir l'annulation, n'est même pas indispensable. Il fera défaut, notamment, quand la libéralité, antérieure au concubinage, aura cependant pour but de provoquer les relations intimes. Dans cette hypothèse, la disposition pourra certainement être annulée comme immorale, malgré l'inexistence de l'élément matériel au moment de l'acte. Il en ira de même quand la libéralité ne sera pas suivie effectivement de rapports sexuels.

C'est qu'à l'élément matériel, il faut superposer un *élément psychologique;* il faut prouver à la fois la réalité des relations sexuelles hors mariage et leur caractère immoral, et l'*existence d'un lien de cause à effet entre cette situation et l'intention libérale du donateur;* en d'autres termes, établir que la situation de fait a été le mobile déterminant de la libéralité; tel est fréquemment le langage des arrêts. On voit qu'il implique la coexistence de ces deux éléments que M. Joseph Hamel appelle l'élément *subjectif* et l'élément *objectif* : « montrer le caractère illicite de l'élément objectif, établir l'existence du lien de causalité ou de finalité; telles sont, écrit-il, les deux obligations qui pèsent sur le disposant ou ses héritiers, lorsqu'ils viennent demander en justice l'annulation des libéralités consenties, sous prétexte que le gratifié était le concubin du donateur ou testateur » (1).

Bien qu'elle omette de s'expliquer expressément et même clairement sur ce point, c'est cette double preuve que la jurisprudence exige. On peut regretter son imprécision; mais peut-on s'en étonner? N'est-ce point à la doctrine de systématiser les données de la jurisprudence? En se bornant à subordonner la nullité des donations entre amants à la preuve de l'immoralité de leur cause, en déterminant surtout les modes de preuve à utiliser, les Tribunaux n'ont-ils pas rempli intégralement leur mission?

---

(1) Joseph HAMEL, thèse précitée, p. 260.

(§ 2) *MODES DE PREUVE DE LA CAUSE IMMORALE*

Au premier abord, il semble qu'il conviendrait de se montrer très large dans l'admission des modes de preuve : les relations sexuelles constituent un simple fait matériel; le lien causal, un fait juridique sans caractère moral. Sur cette double constatation, on devrait s'en tenir aux règles du Droit Commun, admettre pour l'élément matériel et pour l'élément psychologique la preuve testimoniale ou par présomptions, même en l'absence d'un commencement de preuve par écrit.

Cependant, il est bien entendu que la preuve du concubinage, notamment celle du concubinage adultérin, est susceptible de donner lieu à des investigations indiscrètes et à des scandales. C'est même la raison qui a conduit les rédacteurs du Code à abroger l'incapacité. Si donc, on décide de se montrer sévère quant à la preuve des rapports intimes, si on exige de cette preuve qu'elle ressorte des énonciations de l'acte de libéralité, n'y a-t-il pas intérêt, dès lors, à dégager celle du lien causal de celle du concubinage ? La confusion apparente des arrêts ne conduira-t-elle pas la jurisprudence à des résultats fâcheux?

On a soutenu, dans ce sens, que s'il peut paraître dangereux d'accorder la liberté de preuve aux plaideurs qui affirment l'existence d'un concubinage, en revanche, les preuves extrinsèques n'en doivent pas moins être indiscutablement autorisées pour établir le

lien causal (1). Une fois la situation immorale établie, à l'aide de modes de preuve sévères, convient-il, en effet, de subordonner encore, entre les mains des juges, l'usage de la sanction de la nullité à la preuve intrinsèque du lien de causalité? Le scandale du concubinage éventuellement créé, même par écrit, y a-t-il une seule bonne raison de continuer à paralyser le jeu de la nullité? Croirait-on ainsi réparer le scandale initial?

Le problème ne paraît pas avoir été serré d'assez près; la preuve du lien causal *n'est pas une preuve subsidiaire;* elle *conditionne étroitement* la prise en considération de l'immoralité de la situation de fait. Qu'importe cette immoralité, l'adultère d'un concubin, l'indignité de sa conduite, la répugnance qu'inspirent certaines complaisances, même si la preuve ressort de l'acte, quand, en définitive, le lien causal n'est pas établi entre la situation de fait et l'*animus donandi*. Bien mieux, notre étude a tendu à montrer que la jurisprudence exigeait, en principe, pour l'annulation, *le fait de la rémunération* des relations coupables; dans ce cas précis, il ne semble pas contestable que l'immoralité naît de l'union intime de l'Amour et de l'Argent, en définitive du *lien causal lui-même*. Dès lors, il n'existe pas de raison sérieuse de soumettre la preuve de ce lien et celle de la situation irrégulière à des régimes différents; si on décide, pour éviter certaines révélations, d'exiger la preuve intrinsèque du concubinage, on risquerait de n'aboutir qu'à des résultats partiels, dans cette voie, en renonçant à soumettre à la même

(1) Joseph HAMEL, thèse précitée, p. 261.
V. aussi Albert WALH, note précitée ss Cass. civ. 2 janvier 1907, S. 1911.1.585.

sévérité, la preuve du lien de causalité. Ainsi, la plupart des arrêts attachés à la preuve intrinsèque remarquent-ils que la nullité ne peut être prononcée qu'autant que résulte des énonciations de l'acte la preuve que le concubinage a été la cause de l'obligation et ne distinguent-ils, en aucune façon, entre les deux éléments, quant au mode de preuve. S'il est vrai qu'ils opèrent une confusion, du moins ne présente-t-elle, en pratique, aucun inconvénient sérieux. Les arrêts cités par M. Hamel comme exceptionnels en ce qu'ils tendraient à justifier la preuve intrinsèque par la nécessité d'établir hors de toute discussion le rapport de causalité, plutôt que le concubinage, ne paraissent pas, en réalité, exprimer autre chose (1).

*
* *

Si la jurisprudence a toujours admis que les deux éléments de notre étude sur la preuve de la cause immorale devaient être traités de même façon, par contre, le problème de savoir par quels moyens devait être administrée cette preuve a fait l'objet de vives controverses.

Les Tribunaux allaient avoir à choisir entre deux conceptions opposées, entre la *preuve intrinsèque* résultant des termes mêmes de l'acte attaqué et la *preuve*

(1) Toulouse, 28 avril 1880, S. 1882.2.222 et P. 1882.-.1103, Rivière c/ Chaubard ; Paris 15 février 1893, D. P. 1893.2.416, Mayer c/ Dlle Dhuicque ; Alger 23 décembre 1895, D. 1897.2.453, Bosc c/ dame Viché.

Naturellement la question ne se pose pas ainsi pour les auteurs qui pensent que l'ancienne incapacité n'a pas été abrogée. V. DELPECH, ouvr. précité, p. 282. Pour cet auteur, le législateur a entendu s'en référer quant à la preuve, aux principes de l'Ancien Droit (v. Intr., Section II).

extrinsèque, étrangère à cet acte et pouvant consister en témoignages et simples présomptions (1).

Sur le terrain des arguments, les deux thèses en présence paraissaient également fortes.

D'abord il ne semblait pas douteux qu'en présence des termes si nets de l'article 1353 C. Civil, les juges fussent autorisés à user de la preuve testimoniale lorsque l'acte était attaqué pour cause de « fraude ou de dol » (2).

La majorité des auteurs ne s'était pourtant pas ralliée à cette thèse (3) et leurs raisons n'étaient certes pas sans valeur. En permettant la recherche de la cause immorale hors de l'acte, disaient-ils, on obéissait à une nécessité quand, du moins, on avait affaire à une obligation non causée ou sur fausse cause, car une obligation n'est valable que si elle a une cause licite. Au surplus, ils faisaient remarquer qu'il s'agissait alors uniquement de prouver ce que l'autre partie avait promis, non de pénétrer dans son for intérieur. Or, ajoutaient-ils, la cause des libéralités est connue, c'est *l'animus donandi*; et quand on veut prétendre que cette cause est liée à des mobiles immoraux, on serait tenté d'entrer dans le domaine psychologique si le Droit ne s'arrêtait là où commence la déclaration de volonté; ainsi, ces mobiles ne peuvent être pris en considéra-

---

(1) V. H. Capitant, ouvr. précité, p. 468, n. 214.

(2) V. pour les actes à titre onéreux, Jur. gén. n. 5013 ; Req. 28 juin 1881, D. P. 1882.1.161 ; Civ. 8 janvier 1889, D. P. 1889.1.359.

(3) Aubry et Rau, Cours de Droit civil, 4e éd. t. 7, § 651 ; Demolombe, Donations, t. I, n. 566 s. ; Demante, Cours analytique, t. IV, p. 62; Vazeille, Donations, t. II, art. 901, n. 17; Coin-Delisle, Don. art. 902, n. 6.

tion que s'ils résultent des énonciations de l'acte (1). Cette exigence n'était qu'un aspect de la théorie dite de la preuve intrinsèque, née de notre Ancien Droit et inspirée par un sentiment de défaveur envers les libéralités; surtout cette conception paraissait seule propre à éviter les investigations abusives et les recherches scandaleuses, que les rédacteurs de notre Code avaient voulu éviter à tout prix et dont la crainte leur avait fait préférer au régime de l'incapacité celui de la pleine liberté.

Cette dernière considération avait paru déterminante à la Cour de Cassation. La Chambre des Requêtes, dans son fameux arrêt Guillot rendu le 26 mars 1860, décida qu'on ne saurait suppléer au silence de l'acte « *en se fondant sur les circonstances du litige, sans retomber dans des recherches dangereuses, redoutées à juste titre du législateur* » alors surtout, qu'en l'espèce, les faits et documents du procès étaient loin de prouver que la convention avait pour cause les relations coupables (2). La Chambre des requêtes statua dans le même sens quelques années plus tard, refusant, cette fois d'annuler un legs, consenti manifestement en temps de concubinage, l'immoralité de la cause ne résultant pas expressément des termes du testament (3). Le régime de la preuve intrinsèque devait encore être rappelé à plusieurs reprises par la suite, à propos de legs et surtout de donations déguisées.

---

(1) Comp. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. V. par A. Trasbot, p. 19 s., n. 18.

(2) Cass. req. 26 mars 1860, Guillot c/ Vallas, S. 1860.1.321, P. 1861.238 et D. 1860.1.255, note et autorités citées.

(3) Cass. 2 juillet 1866, S. 1866.1.356, D. 1866.1.377 et P. 1866.979, Levrien c/ Verney (Amiens 9 août 1865).

Deux fois, la Chambre civile eut l'occasion de le consacrer, en 1885 pour un legs, en 1896, de façon plus précise, au sujet d'une donation déguisée sous forme de reconnaissance de dette (1).

Restait une difficulté à l'admission exclusive, dans tous les cas, de la preuve intrinsèque. Nombre d'actes intervenant entre concubins étaient annulés en tant que contrats commutatifs; convenait-il d'étendre ce mode de preuve *à de véritables contrats à titre onéreux* sous prétexte qu'ils étaient passés entre amants, alors qu'on ne contestait pas, par ailleurs, l'impossibilité de l'appliquer à d'autres actes que les actes à titre gratuit ? Certaines décisions n'ont pas hésité à réaliser cette extension (2). On peut néanmoins supposer que cette considération n'a pas été étrangère à l'abandon, par la jurisprudence, du système de la preuve intrinsèque. Au reste, bien des Tribunaux s'étaient toujours refusés à s'y rallier.

*
* *

(1) Orléans, 27 mai 1875, S. 1875.2.319 et D. 1877.2.177, Gobert c/ Anjubault ; Toulouse, 28 avril 1880, S. 1882.2.222, P. 1882.1.1103, Rivière c/ Chaubard ; Cass. civ. 10 août 1885, D. 1886.1.212 et S. 1888.1.470 (legs), consorts Marchesseaux c/ Ménard ; Paris, 15 février 1893, D. P. 1893, 2.416, consorts Mayer c/ Dlle Dhuicque (legs) ; Cass. civ. 30 novembre 1896, D. P. 1897.1.449, dame Grégoire c/ Huet (résolu par la Cour d'Appel : Rennes 4 juin 1894), note L. S. (donation déguisée).

Une décision récente, Trib. civ. Seine 4 avril 1932, Gaz. Trib. 2-4 octobre 1932 (Lecomte c/ Coderch) semble vouloir rester fidèle à cette jurisprudence : « Attendu qu'... aucun des termes du testament n'indique que le legs ait eu pour objet d'assurer la continuation de ce concubinage ; que, dès lors, ce moyen de nullité ne saurait être accueilli ».

(2) Alger, 23 décembre 1895, D. 1897.2.453, Bosc c/ dame Viché, et peut-être Trib. civ. Seine 4 avril 1932, précité.

Lorsque le débiteur se contentait de prouver la fausse cause de l'acte déguisé, les règles de la simulation commandaient de n'exiger qu'un commencement de preuve par écrit (1). On avait parfois appliqué la même règle à la preuve de la cause immorale (2). A son tour, la chambre des requêtes, revenant sur sa sévérité, vint formellement admettre, le 23 juin 1887, à propos d'un véritable contrat synallagmatique — mais ses motifs s'appliquaient évidemment aux libéralités déguisées — que la preuve de la cause illicite était régulièrement faite, quand elle était puisée, non dans des investigations indiscrètes et fâcheuses, mais *dans une correspondance spontanément versée aux débats par le prétendu créancier* (3). Cette décision apparaît comme une transaction entre les deux systèmes. Les juges n'osent pas encore trop s'écarter de l'acte et s'aventurer au milieu des éléments de preuve extrinsèques. Les circonstances de la cause montrent cependant que les Tribunaux ne pourraient pas longtemps s'en tenir à la preuve par écrit recherchée hors de l'acte ; en l'espèce, le souscripteur des billets s'était borné à prouver la fausseté de la cause apparente ; la demanderesse n'avait pas tenté d'établir qu'ils avaient une autre cause licite et,

---

(1) Besançon 13 février 1865, D. 1865.2.29 Amidot c/ Duffay ; Orléans 17 juin 1875, S. 1875.2.319, P. 1875.233 et D. 1877.2.177, Lanabère c/ Rondeau.

(2) Besançon 19 mars 1862, D. P. 1862.2.58, Vve Damitio c/ Dlle Petite.

(3) Cass. req. 23 juin 1887, D. 1889.1.35, P. 1887.1.894 et S. 1887.1.361, Chaboud c/ Fraissinet, et rapport de M. le conseiller Lardenois. Sur cet arrêt, v. Planiol, Revue critique, Examen doctrinal 1888.705 ; Dijon, 3 décembre 1894, D. 1895.2.237 (Trib. civ. Charolles, 30 novembre 1893, D. 1894.2.126).

pour démontrer que la cause portée à l'acte était sincère, avait, par imprudence, livré les lettres qui permirent à la Cour de Cassation de découvrir sa vraie nature.

*
* *

En réalité, si la jurisprudence nouvelle s'en était tenue à ne rechercher le commencement de preuve par écrit que dans la correspondance volontairement versée aux débats par la créancière, elle aurait eu l'étroitesse de celle qui s'était rattachée purement et simplement à la preuve intrinsèque. Pour peu que les plaideurs fussent habiles à cacher leur jeu, la nouvelle jurisprudence n'eût pas été susceptible d'offrir aux juges des horizons plus vastes. D'ailleurs, bien que la chambre des requêtes ait depuis lors, admis que le souscripteur des billets pouvait produire les lettres de la femme et les compléter par des présomptions décisives (1), on peut se demander jusqu'à quel point certains faits ou circonstances impliquaient réellement des recherches fâcheuses.

De fait, un certain nombre de Cours d'Appel n'ont jamais hésité à consacrer la conception de la *preuve extrinsèque*. Quelques-unes de leurs décisions, il est vrai, n'ont pas la portée qu'on leur attribue généralement car elles visent des contrats commutatifs vrais ou feints plutôt que des libéralités (2). Par contre, il paraît bien que l'important arrêt de principe, rendu par la

---

(1) Cass. req. 4 janvier 1897, D. 1897.1.126 et S. 1898.1.309, Vve de Jouffroy d'Abbans c/ Fernandez.

(2) Caen, 2 juillet 1872, S. 73.2.145 et P. 1873.60, Lebeurrier ; Aix, 25 janvier 1883, D. 1883.2.237, Fama c/ Brixis ; Agen, 7 juillet 1886, S. 1886.2.189; Videau c/ Pech ; comp.

Chambre Civile, le 21 mars 1898 (1) ait entendu statuer en *thèse générale*, à la fois pour les contrats à titre onéreux et les libéralités déguisées : « Attendu, dit cet

---

Cass. 2 février 1853, D. 1853.1.57 et S. 1853.1.428, Labau c/ Massia.

La jurisprudence belge admet également que le caractère immoral de la cause peut être prouvé même par présomption lorsqu'il s'agit d'une libéralité déguisée : Cass. belge, 14 mai 1903, Pasicr. 1903.1.216 ; Bruxelles, 9 mai 1902, Pasicr. 1903.2.131 ; Revue trimestrielle, 1904.603 et 174.

(1) Cass. civ. 21 mars 1898, D. 1903.1.403, note L. Sarrut, S. 1898.1.513, note Appert (Trib. civ. Lure, 16 décembre 1896 avait ordonné une enquête). Comp. Alger 22 mars 1898, Gaz. Trib. 1898.2.353 ; Dijon 22 mars 1900, S. 1901.2.45 ; Grenoble 6 mai 1902, D. P. 1903.2.335 ; Trib. civ. Seine 5 juillet 1907, Gaz. Trib. 2e sem. 2.459 (en l'espèce « foi est due au titre », car F « ne verse aux débats aucune pièce ou correspondance de nature à éclairer le Tribunal ; Trib. Civ. Seine 25 mai 1909, Gaz. trib. 1909. 2e sem. 2.426 ; Bordeaux 14 février 1912 (2 espèces), Rec. Bordeaux 1912. 1.131, Droit 10 mai 1912 ; Req. 4 mars 1914, D. P. 1916.1.27 et S. 1914.1.430 ; Req. 17 avril 1923, (D. P. 1923. 1.173 (hypothèse voisine) Civ. 11 mars 1918, D. 1918.1.100 et S. 1918-19.1.170 Compayré contre delle Combes) ; Pau 26 mai 1925 ; Gaz. trib. 1925. 2.137 (acte unilatéral ; l'arrêt fait état de lettres et rien ne permet de supposer qu'il entend se soustraire au principe de la preuve extrinsèque) ; Trib. civ. Seine 19 juin 1925, Gaz. trib. 1925. 2.138, loi 23 février 1926 ; Cass. 8 juillet 1925, S. 1927. 1.294 ,Vve Gaumard c/ Mirham (déposition de témoins) ; Paris 10 novembre 1925, Gaz. trib. 16 janvier 1926 et Rec. 1926. 2.288, Sevrier c/ dame Rousseau (doc. versés aux débats) ; Cass. req. 19 juin 1926, Gaz. pal 1926. 2.517, dame Serre c/ Guignabert (ensemble de faits constituant des présomptions graves, précises et concordantes) Cass. req. 28 avril 1931, Gaz. pal 1931. 2.933 (aveux), delle Madec contre Vve Martinet ; Cass. civ. 11 avril 1932, Gaz. pal 1932. 2.149. Vve Colombon c/ époux Vincent (présomptions : adultérinité des rapports jointe à l'ascendant exercé par la maîtresse sur son amant.

arrêt, qu'aux termes de l'art. 1131 C. Civil, l'obligation dont la cause est illicite ne peut avoir aucun effet ; que d'après l'article 1353 du même Code, le *caractère illicite de la cause peut être établi par de simples présomptions, ce qui implique tous les modes de preuve sans distinction* ; — dès lors, qu'en autorisant les consorts T à prouver par témoins que les billets souscrits par leur auteur au profit de la Dlle A avaient pour cause les relations illicites qui auraient existé entre l'un et l'autre, le jugement attaqué qui, d'ailleurs, est motivé, loin de violer les dispositions invoquées par le pourvoi, a fait une exacte application des articles 1131 et 1353 sus-énoncés ; Rejette, etc... ».

Le principe posé *péremptoirement,* mais peut-être avec un peu trop de concision par la Chambre Civile a été, par la suite, admis sans hésitation par une jurisprudence unanime, du moins *pour les pactes véritables et les libéralités déguisées.*

*
* *

Tout l'intérêt de la question se concentrait, dès lors, sur le point de savoir si le système de la preuve extrinsèque devait être étendu aux *libéralités ouvertes* ; s'il n'existait pas, dans cette sphère, des raisons particulières de se méfier des témoignages et des simples présomptions. Autrement dit, la solution large admise par la Chambre civile dans le cercle des pactes immoraux et des donations cachées pouvait s'expliquer *par le fait du déguisement* ; c'est parce qu'il s'agissait d'actes camouflés, faisant fraude à la loi que la preuve pouvait être puisée hors de leurs énonciations. Quand les juges se trouvaient en présence de libéralités ouvertes, directes ou non, ne devait-on pas renoncer à une règle caractéristique de la simulation frauduleuse et en revenir au système de la preuve intrinsèque ? Ne

pouvait-on pas dire, en définitive, qu'autre chose est la démonstration de la simulation d'un acte à titre onéreux, autre chose celle de la cause illicite d'une donation, et en revenir aux restrictions de l'arrêt Guillot quand, du moins, avec la donation en la forme ou le legs, *disparaissait toute possibilité de confusion entre la preuve de la cause immorale de la libéralité et celle de la simulation* ? Nous n'entendons pas parler ici de ces donations en la forme et de ces legs qui ne sont, en réalité, que des actes à titre onéreux déguisés, car, pour eux, la solution ne fait aucun doute ; c'est, de toute évidence, celle de l'arrêt de 1898 : là encore, il y a déguisement en vue de frauder la loi. Lorsque la Chambre des requêtes a eu à statuer sur une pareille hypothèse, elle n'a pas manqué d'invoquer l'article 1353 et de rechercher la preuve dans des éléments extrinsèques, dans des « aveux recueillis au cours d'une procédure criminelle dont le dossier avait été régulièrement versé aux débats » voire dans des « confidences » à des tierces personnes et dans « toute une série de constatations souveraines qui échappent au contrôle de la Cour de Cassation » (1).

Il s'agit, par contre, de rechercher la solution à prendre quand les juges se trouvent en face d'une *libéralité réelle,* d'une donation en la forme, d'un legs, d'un don manuel, alors qu'il n'existe pas de contre-prestation au sens propre du mot.

L'évolution suivie par la jurisprudence pour la cause immorale dans les libéralités déguisées entre amants a eu un premier résultat ; le grand arrêt de principe

(1) Req. 4 mars 1914, Fleury c/ Buffier, précité.
V. dans le même sens, la remarquable note d'Ambr. Colin, au Dalloz, sous Cass. 2 janvier 1907, précitée.

rendu par la Chambre Civile, le 2 janvier 1907, dans une matière voisine, permit de rechercher la preuve hors des énonciations de l'acte et dans les circonstances de sa conclusion. Cet arrêt statuait, d'ailleurs, en thèse générale, pour la cause immorale des libéralités ouvertes ou non, comme pour celle des actes à titre onéreux.

Or, il s'agissait, en l'espèce, d'une donation faite en vue d'assurer pendant la vie des époux, et après le décès du prémourant, l'exécution d'une convention de séparation amiable. Cette situation pouvait donner lieu aux mêmes recherches fâcheuses qu'on craignait pour les libéralités entre concubins. Ainsi, la raison spéciale répondant au désir d'éviter toute investigation scandaleuse, qu'on aurait pu être tenté d'invoquer en faveur du maintien du système de la preuve intrinsèque dans le cas particulier du concubinage, paraissait-elle, dès lors, difficilement soutenable. De fait, la Cour de Bastia entra quelques mois plus tard dans la voie tracée par la Chambre Civile, se bornant à reprendre, dans ses motifs, les propres termes de la Cour Suprême, et se basant, en fait, pour annuler une promesse sur « les circonstances de la cause, les lettres et autres documents versés aux débats » (1). La jurisprudence n'a pas varié depuis lors, et le système de la preuve extrinsèque a, maintes fois, été consacré pour les libéralités ouvertes, comme pour les libéralités déguisées, entre concubins (2).

*
* *

(1) Bastia, 31 juillet 1907, D. P. 1909. 2.266, gaz. pal. 1907. 2.367.

(2) Lyon 30 mars 1916. D. P. 1918. 2.51, Vve S. c/ dem. R. et Cie La New-York (cet arrêt constate simplement que la preuve des relations résulte de plusieurs lettres versées aux débats, mais les termes de ses motifs semblent plus compré-

C'est cette solution à la fois « plus morale, plus rationnelle et plus conforme aux textes » que, selon nous, il convenait d'adopter, non seulement pour les contrats commutatifs, comme le pensait M. G. Appert, mais encore pour les actes à titre gratuit.

Sans doute, est-il bon de distinguer, en fait, dans une certaine mesure, entre la donation librement consentie et l'odieux marché par lequel l'homme paie, à prix d'argent, les charmes de la femme; la simple différence de degré entre le marché brutal et la simple rémunération ne justifie cependant pas le maintien simultané de deux systèmes de preuve en notre matière; car, dans l'une et l'autre hypothèse, ce que dit M. G. Appert des contrats commutatifs est vrai : « exiger un écrit... c'est vouloir que la loi demeure lettre morte. C'est comme si, pour annuler l'obligation entachée d'usure, on exigeait que l'intérêt usuraire fût stipulé par écrit » (1).

A condition que l'emploi de l'enquête soit sévèrement limité en fait, judicieux; que les juges n'interviennent par cette voie qu'à bon escient et dans des cas peu compromettants, on n'aura pas à redouter, en pra-

---

hensifs) ; Grenoble, 25 février 1925, gaz. pal 1925. 2.48, Pignard c/ Mitton ; Cass. 8 juillet 1925, S. 1927.1.294, Vve Gaumard c/ Mirham ; Trib. civ. Nice, 2 mai 1921, gaz. trib. 11-12 août 1922 ; Trib. civ. Nancy, 8 décembre 1925, gaz. trib. 1926. 2.411 et Nancy, 29 décembre 1926, gaz. trib. 1927. 2.47 (dons manuels) ; Cass. req. 21 juin 1926, S. 1926. 1.294, époux Kirsch c/ Davoust (legs) ; V. par contre, Trib. civ. Seine 4 avril 1932, Gaz. trib. 2-4 octobre 1932 (Leconte c/ Coderch). Sur cette jurisprudence, v. *Revue trimestrielle* 1919. 143, observ. Demogue et *Revue trimestrielle* 1926 ; 448.

(1) Note Georges Appert, sous Civ. 21 mars 1898, S. 1898. 1.513.

V. encore note L. Sarrut, sous le même arrêt au D. 1903. 1.403.

tique, des scandales fâcheux et une assimilation inopportune du vrai marché et de la simple donation. *La solution, une sur le plan théorique, sera susceptible d'une application générale sur le plan pratique;* c'est ainsi qu'elle permettra aux Tribunaux de viser certains actes dont la cause immorale échappait jusque là, non seulement en fait, mais par nature et par définition, à toute possibilité de preuve intrinsèque : car, comment aurait-on pu faire cette preuve lorsque la libéralité avait été consentie sans *instrumentum,* et sous la forme d'un don manuel ? (1).

Mais surtout — et c'est ce qui nous détermine — il est impossible de ne pas remarquer que l'admission par notre jurisprudence du système de la preuve extrinsèque coïncide avec l'abandon, par elle, de la vieille conception de la cause — intention libérale dans les libéralités entre amants. Sans doute, continue-t-on parfois de soutenir de nos jours que le mobile n'est déterminant que par son incorporation à l'acte (2); en réalité, cette affirmation est erronée; peut-être espère-t-on par là, en limitant les pouvoirs des juges, les arrêter dans leur recherche audacieuse des causes par l'utilisation large de tous les moyens d'enquête que leur fournit le Code Civil (3). Crainte toute chimérique, d'ailleurs, si, dans leur esprit, la liberté qu'ils se reconnaissent s'allie avec cette idée que le for intérieur doit demeurer un asile, en principe, infranchissable et où l'on ne peut, en tout cas, pénétrer qu'avec circonspection.

Alors, on verra les Tribunaux recréer outre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, sinon

(1) Comp. note G. L., sous Paris, 1er août 1903, D. 1904. 2.345.

(2) H. Capitant, ouvr. précité, p. 471, n. 214 in fine.

(3) Comp. J. Hamel, th. précitée, p. 265.

une opposition de principe, du moins une différence de fait, quant à la preuve lorsque l'analyse des mobiles unilatéraux du disposant apparaîtra de nature à provoquer des scandales (1).

Le juge du fond, utilisant souverainement son pouvoir, négligera, selon les circonstances, la preuve extrinsèque lorsqu'elle s'avèrera dangereuse; mais, procédant désormais par cas d'espèces, il n'en réservera pas moins, par rapport à une nullité d'ordre public, sa liberté, « *cette liberté illimitée... qui apparaît bien, dans notre jurisprudence, comme le trait dominant de la matière* » (2).

Section III

Effets du caractère immoral de la libéralité

Rationnellement, il paraît bien inutile de parler des effets de la libéralité à l'égard du concubin gratifié. Il a été exposé qu'en principe, le don ou le legs était valable, mais il a été montré aussi que, souvent, le dol, la fraude, l'immoralité de la cause entraînaient sa nullité.

Quelles raisons, dès lors, avons-nous d'insister?

Si la donation est viciée, l'amant donataire ne doit-il pas en restituer le montant? le disposant ne peut-il pas user de l'action en répétition? Au contraire, si elle est valable, le concubin n'en conserve-t-il pas purement et simplement le bénéfice?

---

(1) L. Josserand, ouvr. précité, p. 204, n. 161 s.

(2) *Revue trimestrielle* 1926 j. 448, observation Savatier.

Cette étude présente pourtant un intérêt certain. Il n'est pas vrai de dire que, sur la seule constatation par les juges de l'immoralité du don ou du legs, le gratifié sera automatiquement privé de la somme ou des objets reçus. Quel que soit le caractère de la cause ou de l'objet, la nullité de l'acte ne sera pas prononcée quand il y aura lieu d'appliquer à notre matière l'adage : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* (1). Comme l'exécution volontaire de l'obligation immorale ne saurait, en aucun cas, équivaloir à une confirmation de l'acte, c'est sur l'unique fondement de cette maxime que l'action en répétition devra être refusée au *tradens*.

*
* *

Cette formule avait été dégagée par les Romains pour des hypothèses proches de celles que nous étudions. Ils refusaient l'exercice de la *condictio ob turpem causam* lorsqu'il y avait turpitude commune ou, tout au moins, turpitude du *tradens* (2). Ainsi, ce qui était donné à une courtisane ne pouvait, selon Ulpien, être répété beaucoup plus en raison de la turpitude de celui qui la payait qu'à cause de son immoralité propre (3).

Avec ces mêmes caractéristiques, la règle passa successivement dans l'Ancien Droit et en Droit Moderne.

---

(1) Cette expression est tirée des textes romains ; on emploie souvent une autre formule qui n'est pas romaine : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

(2) V. notamment, Gaston MAY, *Eléments de Droit Romain*, n. 186, in fine, p. 419, note 9, éd. 1927.

(3) ULPIEN, D. 12.5, *de cond. ob turp. vel. inj. caus.* 4. 3 ; PAUL, *D. cod. tit.*, 1.3.8 ; D. 3.6, *de calumn.* 5, 1, C. 4.7, *de cond. ob. turp. vel. inj. caus.*, 4, C. 4 ; 32, *de usuris*, 18.

Aujourd'hui, en l'absence d'une mention quelconque de son maintien dans notre Code Civil, la jurisprudence, qu'elle s'y réfère expressément ou implicitement, l'applique toujours; mais elle l'applique désormais avec des restrictions importantes; de façon générale, on peut dire — sous la réserve d'un certain flottement dans les décisions des Tribunaux — que l'action en répétition est ouverte à l'encontre des obligations illicites, refusée, au contraire, quand les juges se trouvent en présence d'une obligation immorale. La règle : *nemo auditur* est moins, en vérité, une règle juridique qu'une règle morale, dans notre Droit Moderne (1).

La distinction qui vient d'être opérée commande la solution à adopter pour les dons et legs entre amants. La jurisprudence n'a pas fait de difficulté pour étendre à ces dispositions, quand leur cause s'avérait immorale, un principe formellement admis et maintes fois consacré pour les conventions relatives aux maisons de tolérance et au jeu. Mais, à vrai dire, soit que les concubins aient, dans l'ensemble, tenu à ne pas faire montre d'inélégance, à l'égard des maîtresses qu'ils avaient gratifiées, en s'efforçant de leur reprendre un bénéfice librement consenti, soit plutôt que la plupart de ces libéralités se présentent en fait sous forme de promes-

---

(1) V. G. Ripert, ouvrage précité, n. 104, s. p. 188 s. ; H. Capitant, n. 114 s. ; p. 235 s. ; J. Hamel, th. précitée, p. 55. Planiol et Ripert, *Tr. pratique*, t. VII par P. Esmein Radouant et Gabolde, n 748 s., p. 36 s. En gros, la question se résout ainsi : pour la nullité de la contre-lettre passée lors de la cession d'un office ministériel, la nullité de la cession d'une part d'office, ou d'une concession de service public, etc., l'action est admise, car la cause est, avant tout, illicite ; à l'inverse, pour les contrats relatifs aux maisons de tolérance, au jeu, à la corruption électorale, etc., la répétition est, en principe refusée.

ses, il faut bien avouer que l'application de la règle à notre matière ne revêt pas un intérêt pratique considérable (1).

*
* *

Certaines décisions ont parfois été invoquées comme dérogeant à l'adage : *nemo auditur*. On a rappelé, en ce sens, l'arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 2 février 1853; la concubine avait négocié l'effet de commerce qui lui avait été remis par son amant dans le but de la déterminer à continuer avec lui les relations intimes; le débiteur, regrettant ses largesses et prévenant, par la vivacité de son repentir, toute condamnation à intervenir au profit du tiers porteur, invoqua la nullité de l'effet. L'endossement équivalait peut-être à une cession de créance, plutôt à une délégation, mais il est certain que le souscripteur ne pouvait faire valoir l'opération comme un paiement. Par conséquent, la Cham-

(2) Aix 25 janvier 1883, D. 1883.2.237, Fama c/ Brixis ; Cass. req. 23 juin 1887, Chaboud c/ Fraissinet, D. 1889.1.35, S. 1887.1.361 et P. 1887.1.894; Paris, 1er août 1903, D. 1904. 2.345, Galas c/ dame de Talésa, note G. L.; Trib. Seine 26 juillet 1904, gaz. pal 1904. 2.355, gaz. trib. 1904. 2.335; Caen 23 février 1905, *Le Droit*, 21 avril 1905, *Revue trimestrielle* 1905. 342; Paris 8 juillet 1926, S. 1926. 2.92, D. H. 1926. 488 (implicitement : « considérant qu'à supposer même que P. soit en droit d'intenter une action en répétition des sommes et valeurs données à la dame C. en invoquant l'immoralité de la cause de ces donations, etc. ») Comp. Paris 16 novembre 1888, S. 1891. 2.89 (note Meynial), Seyboth et Cie c/ Syndic de la Société des Usines de Fontvannes; contrà, Besançon 25 mars 1808, Jeannon c/ Ebauby, S. et P. chr. (résolu implicitement). Comp. encore Req. 17 avril 1923, D. 1923. 1.172 (refus d'action en restitution d'une somme prêtée à une femme mariée, pour lui permettre de fuir avec son amant).

bre des requêtes n'avait pas, dans l'espèce, à appliquer la règle : *nemo auditur*, la décision rendue par elle ne lui apportait pas de dérogation. L'affaire, il est vrai, se présentait de façon plus complexe; dans l'intervalle, un porteur de bonne foi avait obtenu du débiteur le paiement des billets; la Cour de Cassation estima que la maîtresse et un tiers porteur de mauvaise foi, qui avait connu le caractère immoral de la cause de l'engagement, devaient être condamnés solidairement à rembourser au souscripteur la somme qu'il avait dû débourser. Cette solution semble regrettable ; la condamnation portait, certes, plus sur une *indemnisasation* que sur la *répétition d'un paiement réel;* mais en vertu du principe de la non-opposabilité des exceptions et sur la seule constatation que le porteur de mauvaise foi avait vraiment touché les fonds, la Chambre des requêtes aurait dû admettre qu'à son égard, le vice étant purgé, il n'était pas possible de le contraindre à indemniser le souscripteur. Néanmoins, à l'égard de la concubine, il restait indubitable que la restitution des billets, comme conséquence de leur nullité, avait précisément pour objet d'empêcher le paiement (1).

La Chambre des requêtes, évoluant toujours en marge de la règle : *nemo auditur* a admis la répétition dans un cas où cette règle ne pouvait être mise en jeu. Il est évident, en effet — et l'hypothèse n'a jamais soulevé de bien vives controverses — que le souscripteur de billets à cause immorale pouvait se faire restituer

---

(1) Cass. req. 2 février 1853, D. 1853. 1.57 S. 1853. 1.428, Labau et Rougé c/ Massia. Comp. Crutzesco, th. précitée, p. 107 s., Duruflé, th. précitée, p. 63 s.

Sur la théorie de l'endossement des effets de commerce, v. notamment E. Thaller et J. Percerou, *Tr. élém. de D. Commercial*, 7e éd., p. 867, n. 1460 et suiv.

la somme versée quand il n'avait consenti à payer que sous l'empire de la contrainte, à la suite d'une saisie-exécution pratiquée à son domicile, afin d'éviter la vente des objets saisis et sous la réserve de faire statuer sur la nullité de l'obligation (1).

Ces désisions ne revêtent donc pas un aspect exceptionnel ; elles constituent beaucoup moins des dérogations à la règle : *nemo auditur* que les *limites naturelles de son domaine d'application*. A l'inverse, les Tribunaux n'ont jamais contesté que l'adage dût s'appliquer quand les sommes payées par le souscripteur constituaient un paiement partiel et non un simple acompte (2), quand l'amant prétendait opposer sa réclamation d'une créance cédée à sa maîtresse comme prix de ses faveurs, en compensation d'une somme que celle-ci réclamait par ailleurs, à la suite d'un mandat qu'elle lui avait donné (3).

Aujourd'hui, la règle est moins battue en brèche dans *sa portée d'application* que dans *son principe même*. De nombreux auteurs voudraient que la répétition fut toujours admise quand le paiement a été effectué en exécution d'une obligation à cause immorale. On note d'ailleurs, dans cette conception, avec une apparence de raison, que la règle n'est prévue par aucun texte; qu'à supposer fermée l'action née du contrat, l'action *de in rem verso* n'en permettrait pas moins de réclamer ce qui est passé d'un patrimoine dans un autre (4). On fait observer, en outre, que l'obligation annulée par le jeu de l'article 1131 produit un effet

(1) Cass. 4 janvier 1897, S. 1898. 1.309.
(2) Aix 25 janvier 1883, précité.
(3) Caen 23 février 1905, précité.
(4) Mais ici, l'enrichissement a une cause, et une cause immorale.

très important si l'on met obstacle à la répétition, et quel effet! La règle morale sert, en définitive, à *consolider des situations injustement acquises!* (1).

Nous n'avons pas, ici, à prendre parti sur la légitimité de la règle, sur son utilité ou sur ses inconvénients pratiques envisagés de façon générale. Nous devons nous borner à souligner les résultats que son fonctionnement a fournis en notre matière.

Remarquons seulement, en nous cantonnant encore sur le terrain de la discussion générale, qu'on ne saurait justifier son maintien par un vague souci de ménager la pudeur de nos magistrats; c'est en tant que *pénalité civile*, comme arme à l'encontre des conventions immorales, dont l'efficacité est seule contestée, qu'elle doit être examinée (2).

Tout d'abord, la rareté des hypothèses dans lesquelles les Tribunaux ont eu l'occasion de l'appliquer aux libéralités entre concubins limite singulièrement l'opportunité de la discussion. Surtout, lorsque la cause

---

(1) V. DEMOLOMBE, t. XXIV, n. 382, et XXXI, n. 436. LAURENT, t. XVI, n. 164; HUC, t. VIII, n. 392; COLMET DE SANTERRE, t. V, n. 49 *bis*, IV; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, oblig. t. I, n. 316; BUFNOIR : *Propriété et contrat*, p. 654; PLANIOL, *Tr. élém.*, t. II, n. 846; DEMOGUE, oblig., t. I, n. 876 et suiv.; OLIVIER, thèse Paris, 1900; J. HAMEL, th. précitée, Paris 1920, p. 57; SAVATIER : *Des effets et de la sanction du devoir moral*, th. Poitiers, 1916 p. 429 s.; Comp. CAPITANT, ouvr. précité, n. 114 s., p. 235 s.; Lyon-Caen, note au S. 1884. 2.54.

(2) V. pour le maintien de la règle : MERLIN, *Questions de Droit*, V. CAUSE, § 1 n. 2; DELVINCOURT, t. II, p. 687; TOULLIER, t. VI, n. 126 et XI, n. 62, DURANTON, t. X, n. 374; TROPLONG, *Des contrats aléatoires*, art. 1967, t. XV, n. 176; LAROMBIÈRE, t. I, art. 1133, n. 10; AUBRY et RAU, 4e éd., t. IV, § 442 *bis*, note 8; G. RIPERT : *La règle morale dans les obligations*, n. 104 s., p. 188 s.

de l'obligation est déclarée immorale, cela doit s'entendre en ce sens que la turpitude est commune, qu'il y a autant d'immoralité de la part de l'amant à donner que de la maîtresse à se donner. Par suite, dans notre matière, si on laissait au concubin le droit d'exercer l'action en répétition, on lui permettrait, dans tous les cas, de retirer son épingle du jeu. Non seulement il pourrait ne pas tenir ses promesses, mais encore, les ayant momentanément exécutées, il lui serait loisible de se reprendre et de joindre une lâcheté à son immoralité.

Sa partenaire, dira-t-on, n'est pas digne d'intérêt. Assurément; mais, pourtant, n'est-ce point assez que pour la réalisation de fallacieuses promesses, elle soit soumise au bon plaisir de son amant? Ne convient-il pas de le laisser, à son tour, s'empêtrer dans les gluaux qu'il a, lui-même, préparés; de lui apprendre, en outre, que parfois on est mal venu à pousser, devant les Tribunaux, l'inélégance jusqu'à réclamer, de maîtresses adulées jadis, les riches gratifications et les cadeaux consentis les jours de liesse ?

A la vérité, les juges n'ont pas eu souvent à invoquer la règle en faveur du maintien des dons manuels, leur cause étant rarement reconnue immorale (1). Toutefois, quand l'occasion s'en est présentée, ils ont dû sourire discrètement et bénir les bonnes règles juridiques qui leur permettaient à la fois de se montrer,

---

(1) V. pourtant : Paris 1er août 1903, D. 1904. 2.345, Galas c/ dame de Talésa; par contre, Trib. civ. Seine 6 juin 1917, gaz. pal 1916-17. 755, gaz. trib. 1918. 2.348, la note et les renvois, D. P. 1919. 2.42; Cass. req. 16 avril 1923, D. P. 1923.1.172, S. 1923.1.343 ; Trib. civ. Nancy 8 décembre 1925, gaz. trib. 1926. 2.411 et Nancy 29 décembre 1926, gaz. trib. 1927, 2.476; Trib. civ. Mantes 13 février 1931, gaz. pal. 1931. 1.612.

envers ces dames, plus galants que les amants désenchantés et de se divertir de la mine déconfite de ces hommes qui réclamaient sans vergogne : fourrures, bijoux et autres objets mobiliers, l'un d'eux ayant poussé l'outrecuidance jusqu'à prétendre qu'il n'avait pas entendu gratifier sa concubine, mais acquérir des vêtements en vue de « parer ses maîtresses successives au fur et à mesure de ses liaisons passagères ! » (1).

*
* *

Telles sont, en somme, les applications qu'on peut faire en souriant de l'adage : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans;* l'immoralité du *tradens* et celle de *l'accipiens* semblent en commander l'usage, en notre matière, du moins, car nous n'entendons pas prendre parti sur sa légitimité, en thèse générale. Quoi qu'il en soit, dans le cadre de cette étude, on peut dire avec M. G. Cohendy qu'en logique « nul ne saurait se soustraire à ses obligations en invoquant son propre dol. En vain, celui qui s'est mis en contravention avec la loi voudrait-il, au moment où il s'aperçoit que l'opération ne réussit pas, en faire prononcer la nullité, il lui sera répondu que son geste est intéressé et tardif, qu'il n'a pas le droit de faire supporter à autrui une sanction qui n'a été édictée que par une idée de méfiance à son égard. *L'acte, sans doute, est nul : l'ordre public le veut ainsi; mais l'intérêt général serait plus gravement lésé encore si une règle de droit pouvait être ainsi détournée de son sens véritable, être l'instrument docile de celui contre qui elle a été précisément établie* » (2).

---

(1) Sic, Trib. civ. Seine 6 juin 1917, précité.

(2) Article de M. G. Cohendy : *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public, Revue trimestrielle* 1914, pp. 33 et suiv., p. 46.

DEUXIÈME PARTIE

Des libéralités permises par la jurisprudence

CHAPITRE UNIQUE

Des libéralités permises entre concubins

L'emploi aisé du motif impulsif et déterminant, la tendance bien naturelle des magistrats à qualifier ainsi le simple mobile qui, dans une libéralité déterminée, choquait trop profondément leurs idées morales et religieuses, pouvaient donner à craindre des abus de la jurisprudence. Aussi, la recherche du critérium du caractère licite des dons entre concubins présente-t-elle de sérieuses difficultés du fait de son imprécision et de son inconsistance.

Dans cette recherche du critérium, au milieu de l'apparente diversité des solutions apportées, nous croyons utile de poser deux règles dont les Tribunaux ne sauraient s'écarter sans s'éloigner, du même coup, de l'esprit du Code, des tendances de la jurisprudence actuelle et de son fondement.

Tout d'abord, il est certain que le législateur de 1804 a entendu supprimer l'incapacité qui, dans l'Ancien Droit, frappait les concubins. Dès lors, la première règle peut ainsi s'exprimer: *quelle que soit la souplesse du critérium envisagé et la possibilité incontestée de son*

extension à toutes les libéralités entre concubins, son application ne devra jamais conduire les juges à rétablir, en droit ou en fait, directement ou indirectement, la prohibition de l'Ancien Régime.

Mais ce n'est là qu'une règle *négative*, susceptible seulement d'indiquer au juge *ce qu'il ne peut pas faire*. Cette règle résulte du silence du Code Civil et des travaux préparatoires, elle n'est pas vivante. De la pratique, au contraire, on peut en tirer une seconde, *positive*, traçant aux Tribunaux la voie qu'ils doivent suivre. C'est parce que les dispositions entre vifs ou testamentaires rémunéraient des rapports sexuels passés, présents ou futurs qu'elles se trouvaient infectées. La règle positive qui devra guider les Tribunaux, leur dicter leur ligne de conduite peut ainsi se définir : *les libéralités entre concubins ne disparaîtront que dans la mesure où il sera possible d'établir l'existence d'une rémunération de services immoraux.*

*
* *

Or, les cas tranchés, ceux dans lesquels l'annulation ne pouvait faire aucun doute, sont connus. L'étude entreprise se réduit naturellement aux *dispositions permises*. Dans cette limite, elle sera symétrique de celle des dispositions prohibées à raison de leur cause immorale.

Nous avions d'abord montré que certaines opérations tombaient parce qu'elles ne constituaient, en réalité, que des *actes à titre onéreux dont les contre-prestations étaient contraires aux bonnes mœurs*. Parallèlement, nous nous appliquerons à établir que *certaines libéralités prétendues ne sont que des actes commutatifs à cause pleinement valable*, le sacrifice de l'amant trouvant son origine soit dans le paiement de services par-

faitement licites, soit dans une idée de réparation de séduction, soit encore dans l'exécution d'une obligation naturelle.

Nous avions ensuite analysé les *dons et legs destinés à rémunérer les relations coupables*. Nous nous proposons désormais de rechercher, en dehors de toute idée d'obligation naturelle et de réparation, la portée de la notion de rémunération et, à ce propos, nous tenterons de *préciser le critérium du caractère licite de ces libéralités*.

Les conditions de validité des libéralités *pures et simples* entre concubins ainsi déterminées, nous nous attacherons à montrer que la jurisprudence n'a trouvé qu'*exceptionnellement* l'occasion de frapper leurs libéralités *conditionnelles ou avec charge* qui interviennent, le plus souvent, à la cessation du concubinage et sont destinées à y mettre fin, la nullité de la condition contraire « aux mœurs » n'entraînant pas, au surplus, dans les dispositions entre vifs ou testamentaires, celle de l'acte tout entier (article 900 C. Civil).

Section I

Libéralités pures et simples

(§ 1) *JURISPRUDENCE FONDEE SUR L'IDEE DE PAIEMENT DE SERVICES LICITES, DE DEDOMMAGEMENT OU D'EXECUTION D'UN DEVOIR DE CONSCIENCE.*

A) Contrats a titre onéreux a cause pleinement licite

Il existe une série d'espèces qui ne se rapportent qu'indirectement à notre matière et sur lesquelles, pour cette raison, nous n'insisterons pas longuement. Il s'agit de toutes ces hypothèses qui se résolvent, en définitive, comme des contrats commutatifs entre amants à cause pleinement licite.

C'est un principe certain, en effet, que les contrats synallagmatiques entre concubins sont valables, du moins lorsqu'ils n'ont pas pour cause l'obtention des faveurs d'une maîtresse (1), une opinion unanimement admise qu'on n'a pas à établir, à cet égard, une similitude de droit entre le mariage et le concubinage, entre la situation juridique et la situation de fait.

Il est indubitable que la vie en commun est propre à faciliter un commerce juridique, qu'on ne saurait

(1) Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. VI, par P. Esmein, n. 232, p. 311.

considérer comme fictives toutes les opérations qui interviennent entre personnes vivant sous le même toit. Sans doute, l'amant généreux qui entretient somptueusement une maîtresse, qui lui fournit hôtel particulier, voitures et domestiques ne demande-t-il guère à la courtisane qu'il paie que de coupables complaisances. Cette situation particulièrement répréhensible se traduit plutôt par une simple communauté de lit que par une cohabitation réelle. Par contre, rien ne ressemble davantage au ménage régulier que le faux ménage, où le stupre apparaît rarement au premier plan. Les amants se rendent alors une infinité de services réciproques qu'il serait inique de juger immoraux sous prétexte qu'ils ont été rendus à l'ombre de la situation irrégulière.

*
* *

Les tribunaux ont ainsi manifesté la volonté de valider des reconnaissances de dette quand il était prouvé que les fonds avaient bien été fournis, si, par exemple, la dette avait été souscrite pour l'acquit d'une obligation résultant d'un prêt fait pour l'achat d'une propriété (1), ou, encore, si la concubine qui en réclamait le paiement était fondée à soutenir que l'acte avait véritablement pour cause des opérations commerciales faites en commun, dûment prouvées par des livres de commerce présentant tout caractère de sincérité (2).

Peut également faire l'objet d'un engagement valable, de la part d'un concubin, la prestation des services qui se rattachent plus directement aux soins d'un

(1) Trib. civ. Coulommiers 4 mai 1900, gaz. pal. 1900. 2.552, loi 26 mai 1900.

(2) Trib. commerce Seine 16 juin 1898, Droit 25 septembre 1898 et Mon. jud. Lyon 22 novembre 1898.

ménage; la Cour de Caen eut, en 1910, à statuer sur une hypothèse de ce genre. Deux contractants avaient arrêté une convention aux termes de laquelle : « M. H. reconnaît que c'est sur sa demande que Mlle A. habite chez lui depuis le 1^er^ mai 1898 et qu'elle veut bien continuer d'y habiter et de s'occuper de tenir sa maison. De son côté, Mlle A. s'engage à rester chez M. H. et à lui continuer ses services tels qu'elle les lui a donnés jusqu'alors tant que leurs caractères sympathiseront. Pour indemnité, prix et compensation de ces engagements de Mlle A. et des services qu'elle lui a rendus et qu'elle lui rendra par la suite, M. H. s'engage à lui payer et à lui verser autant de fois 1.000 francs que Mlle A. aura habité d'années ou de fraction d'année chez lui, depuis le 1^er^ mai 1898 jusqu'à son départ. » Dans l'intervalle, Mlle A. était devenue la concubine du sieur H. et le mode de rémunération utilisé aboutissait en somme à la prolongation des relations intimes. La Cour de Caen ne s'attacha pourtant pas à ces deux circonstances; elle remarqua seulement qu'*en fait* la demoiselle A. avait dirigé la maison de son amant, qu'elle n'avait employé que par intermittences, pour les gros ouvrages, des journaliers au compte de H. et décida, en conséquence, que l'obligation devait être déclarée valable » (1).

La Cour de Paris a statué récemment sur une hypothèse un peu différente. Un médecin avait remis à une sage-femme, son ex-maîtresse, deux lettres de change causées « valeur reçue en services »; il soutenait que la cause énoncée était fictive et, qu'en réalité, il avait entendu rémunérer des rapports immoraux. Mais il

(1) Caen 5 avril 1910, Halbout c/Delle Augué, S. et P. 1911. 2.229 et Rec. Caen 1910. 88.

résultait des documents versés aux débats qu'au moment où il préparait sa thèse de doctorat, il avait eu recours à sa maîtresse pour rectifier ses fautes d'orthographe et ses locutions défectueuses, qu'ensuite elle était devenue sa collaboratrice et lui avait procuré des clients (1). En conséquence, la Cour jugea que ces considérations lui permettaient de faire une estimation très large du concours prêté au disciple d'Esculape par son ex-maîtresse et condamna le signataire au paiement des lettres de change dont le montant global s'élevait à 50.000 francs. Cette décision de la Cour de Paris est intéressante à plusieurs titres; elle valide la rémunération de services *intellectuels* rendus par une concubine. Par contre, il est difficile de voir dans l'opération un louage de services ou un contrat de travail, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Caen. Entre le médecin et la sage-femme, il y a beaucoup plus collaboration que subordination de l'un à l'autre. Aucune convention n'est intervenue préalablement entre les deux amants. Il semble que la solution de l'arrêt doive s'expliquer par les règles de l'enrichissement sans cause (2).

*
* *

(1) Paris 25 avril 1931, Gaz. pal. 1931.2.150, Dr Braïnos c/ dame Royant; v. *Revue trimestrielle*, 1931, j. 885, observ. Demogue.

(2) Nous n'avons pas à nous attarder outre mesure sur ces hypothèses qui n'entrent pas directement dans le cadre des libéralités entre concubins. Notons toutefois un arrêt de Limoges (23 avril 1901, D. 1902.2.474), intervenu dans des circonstances intéressantes. En retour de la promesse qui lui avait été faite, la mère naturelle s'était engagée à élever l'enfant. L'arrêt notait que la convention constituait un contrat synallagmatique. Quelle était sa nature ? On pourrait y voir un mandat du père chargeant la mère d'éle-

Les hypothèses que nous venons d'examiner paraissent assez lointaines de notre matière. Il semble que ces espèces ne doivent être évoquées dans une étude sur les libéralités que par une sorte de connexité résultant de la circonstance commune de concubinage. Pourtant, une série de cas très voisins de ceux que nous avons analysés nous y ramène indirectement. Il s'agit de la situation, fréquente en pratique, de la concubine qui consacre son travail et ses soins à la bonne marche de l'industrie ou du commerce géré par son amant, contribue ainsi à la prospérité de son entreprise et le dispense à l'occasion de recourir à une main-d'œuvre rétribuée (1). Ces cas ne se distinguent des précédents qu'en ce que le concubin n'a en aucune façon manifesté la volonté de récompenser sa compagne des services rendus. Cette dernière intente alors contre lui une action en dommages-intérêts à titre de rémunération du travail fourni. Doit-il être fait droit à sa demande et par quels motifs ? Un point est certain : il n'est pas possible de voir dans le fait pour la concubine d'apporter son travail à l'entreprise de son amant et pour ce dernier, de l'accepter, la conclusion d'un louage de services. *Il semble plutôt qu'on ait affaire à une « donation de tra-*

---

ver, moyennant une certaine somme, son enfant ; ce mandat serait obligatoire pour le père et irrévocable parce que donné dans l'intérêt du mandant et dans celui de la mandataire. Peut-être est-il préférable d'y voir un louage de services. Comp. Amiens, 10 avril 1933, gaz. pal. 15 juin 1933, simple engagement du père supposé de « venir en aide » à la mère naturelle.

(1) Dijon, 7 février 1928, D. P. 1928. 2.169 et D. H. 230, note Voirin.

vail » (1). Par hypothèse, l'élément matériel est incontestable ; l'amant s'est enrichi et la maîtresse s'est appauvrie, sans contre-partie. L'existence de l'élément intentionnel pouvait, à l'inverse, prêter à discussion. Dans l'espèce jugée le 7 février 1928 par la Cour de Dijon, il apparaissait cependant aussi nettement que l'élément matériel ; avant d'être la concubine du gratifié, la femme avait été sa domestique et, à partir du moment où les relations intimes s'étaient établies, elle avait spontanément et sans réserve renoncé au paiement de ses gages. A la cessation du concubinage, elle s'était décidée à demander la rémunération du travail fourni, à un moment où, suivant les termes de l'arrêt, la rupture ne donnait pas lieu à dommages-intérêts et où, par conséquent, il était difficile de soutenir qu'elle avait pu escompter, par voie directe ou non, récupérer l'enrichissement procuré (2). Si, comme nous le pensons, on doit voir dans l'opération étudiée, une « donation de travail », le problème se ramène à des termes connus, la libéralité devra être considérée comme licite ou illicite selon qu'elle était destinée, dans l'intention de la donataire à rémunérer

---

(1) Du fait que la libéralité consiste en une *transmission*, on conclut généralement qu'il ne peut y avoir *donation de services ou de travail*. On ne peut pas dire, en effet, que l'hypothèse de services rendus ou de travail fourni suppose une *transmission de valeur d'un patrimoine à un autre*. Mais s'il est impossible d'analyser l'opération comme une *libéralité proprement dite*, on doit cependant la faire entrer dans la *classe des actes gratuits* en général. En ce sens, voyez Planiol, Ripert et A. Trasbot, *Traité pratique*, t. V., 267, n. 263.

(2) V. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. V. par A. Trasbot, n. 313 s. p. 321 s.

ou non les relations hors mariage (1). Ce n'est pourtant pas sous l'angle des libéralités que la jurisprudence a tranché l'hypothèse. Elle a refusé aussi bien d'y voir une donation qu'un louage de services et a accordé à la maîtresse « une indemnité non pas contractuelle, mais quasi-contractuelle pour l'exercice de l'action *de in rem verso... (attendu) que l'enrichissement à son préjudice du patrimoine de Leblanc apparaît d'ailleurs comme dépourvu de cause juridique, puisqu'il ne repose ni sur une intention libérale, ni sur un contrat à titre onéreux qui en soit la justification juridique* » (2).

---

(1) Si la donation est déclarée valable, la concubine doit voir son action rejetée; si elle est annulée, elle pourra répéter, sous réserve, naturellement, de l'application de la règle : « *nemo auditur* ».

(2) Dijon, 7 février 1928, précité.

La solution jurisprudentielle présente un gros intérêt pour la concubine lorsqu'elle ne peut établir la preuve d'une société de fait. Elle peut néanmoins, par cette voie, obtenir une indemnité correspondant à la *rétribution de son travail*. V. Rennes, 19 décembre 1833, S. 1852.2.210, note 1 ; Req., 17 mai 1870, D. 1870. 1.52 ; V. Hémard : *Nullité de sociétés et sociétés de fait*, Paris 1912, n. 111 ; Achille Libotte : Thèse citée, p. 90; Paris, 11 mars 1911, gaz pal. 1911.2.131 et gaz. trib. 1911. 1er sem. 2.431. La jurisprudence n'admet qu'avec hésitation une société universelle entre concubins, v. Paris, 13 juin 1872, D. 1873. 2.169 et *Rev. trim.* 1909, p. 181 ; cf. Fernand Leroy : *Le concubinage en Droit Français*, thèse, p. 86 et *Rev. trimestrielle* 1911. 814, observ. Demogue. V. encore Planiol, Ripert et Rouast, t. II, p. 63, n. 76 in fine.

La décision de la Cour de Dijon était curieuse à un autre point de vue. Le *concubinage* s'y compliquait de *fiançailles ;* il y avait à la fois « *anticipation spirituelle* » et « *anticipation charnelle* » sur la vie conjugale. V. les problèmes posés par cette situation double en matière de libéralités dans la note de M. Voirin, sous l'arrêt. Si la Cour avait reconnu

B) Réparation de la séduction

Ce n'est point davantage à titre de libéralités que les Tribunaux valident les arrangements entre amants, contemporains de la cessation du concubinage. Lorsqu'un amant, désireux de reprendre sa liberté, souscrit un billet en faveur de la maîtresse qu'il va quitter, c'est à une préoccupation de réparer qu'il obéit. La jurisprudence valide le plus souvent l'opération en tant qu' « *exécution d'une obligation délictuelle* » et que « *fixation conventionnelle des dommages-intérêts dus par l'auteur* » (1). Il ne s'agit plus, comme nous l'avons vu, de *remboursement* de services rendus, il s'agit de *dédommagement* intervenant à l'occasion d'un préjudice causé.

De cette constatation, on peut aisément déduire à quelle condition la maîtresse abandonnée pourra bénéficier de cette jurisprudence favorable; il lui faudra prouver l'existence d'une faute imputable à l'auteur de l'engagement; or, les juges ne reconnaîtront qu'exceptionnellement cette faute quand le fait de l'union n'aura été pour la concubine qu'un acte d'exercice de sa profession.

Si l'origine lointaine de cette jurisprudence équitable doit être trouvée, à notre sens, dans les traditions

---

l'existence d'une « donation de travail », peut-être aurait-elle été amenée à la considérer comme faite sous la condition *si nuptiae sequantur*. D'autre part, pour M. Voirin, l'exclusion du contrat de travail pourrait, dans l'espèce, s'expliquer par l'extension de la prohibition du contrat entre époux, la qualité relevée de fiancée répugnant à la subordination. V. encore *Rev. trimestrielle*, 1928, j. 423 et l'observation.

(1) V. notes Joseph Hémard, S. 1907.2.241 et Marcel Planiol, D. P. 1905.2.305.

chrétiennes de charité qui avaient profondément imprégné notre Ancien Droit (1), les raisons immédiates de son introduction dans notre Droit Moderne paraissent bien être les sévères restrictions dont les Tribunaux avaient entouré la réparation de la séduction. L'amant qui a subi un préjudice peut bien, en principe, exiger en justice la réparation. Mais une jurisprudence rigoureuse se refuse à reconnaître comme victime la concubine qui s'est librement et volontairement donnée, qui a seulement obéi à l'entraînement si elle ne peut apporter la preuve qu'elle a été victime de dol ou de violence, de la part de son amant (2). Elle n'accorde le dédommagement que lorsqu'elle est bien sûre de se trouver en présence d'un cas de séduction *nettement caractérisée*, soit par la contrainte morale résultant de l'ascendant qu'exerçait, sur sa maîtresse, le séducteur par sa position, son âge, sa fortune ou son expérience (3), soit par une promesse de mariage écrite (4), soit encore au cas où la rupture est intervenue dans des conditions telles que la personne délaissée se trouve exposée à la

---

(1) V. Suprà, Introduction, section II.

(2) Rennes, 11 avril 1866, D. P. 1866. 2.184; Dijon, 20 décembre 1867, D. P. 1868. 2.48; Angers, 2 décembre 1868, D. P. 1869. 2.241; Bourges, 6 juin 1881 et Amiens, 1er décembre 1881, D. P. 1882. 2.117; Req. 23 avril 1901, D. P. 1901. 1.360; Paris, 28 mars 1905, D. P. 1905. 5.36; Paris, 17 décembre 1920, D. P. 1921.2.59.

(3) Paris, 14 février 1890, sur appel d'Avallon, 18 janvier 1888, D. 1891. 2.309; Nîmes, 18 mars 1901, S. 1902. 2.206.

(4) Tribunal civil de Bordeaux, 12 décembre 1922 (femme mariée), gaz. pal. 1923. 1.269 et *Rev. trim.* 1923. 487. Montpellier, 24 mars 1927, D. H. 1927. 342.

malignité publique et que son établissement est devenu difficile (1).

En dehors de ces cas strictement déterminés, la fille séduite qui a subi un dommage serait restée sans moyen si on avait refusé d'admettre que l'amant conscient de sa faute pouvait valablement, par son engagement, prendre l'initiative de la réparation.

Dès le début du siècle dernier, doctrine et jurisprudence ont reconnu la validité de pareils engagements; Laurent lui-même, si rigoureux à l'égard des dispositions entre concubins, s'exprimait en la matière de la façon suivante : « Toute obligation souscrite au profit d'une femme avec laquelle le souscripteur a eu des relations illicites n'est pas nécessairement contraire

---

(1) Voir encore sur cette jurisprudence : Cass., 10 juin 1862, D. P. 1862. 2.129; Civ., 26 juil. 1864, D. P. 1864. 1.347; Req., 17 mai 1870, S. 1871. 1.52; Req., 25 février 1890, D. 1890.1.412. S. 1893.1.423; Grenoble, 24 mars 1908, D. 1910. 1.134; Req., 17 juillet 1911, D. 1915. 1.52, S. 1911. 1.440; Trib. civil Seine, 29 oct. 1921, D. 1922. 2.45; Montpellier, 5 février 1923, gaz. pal. 1923. 1.578; Trib. civil Lyon, 21 février 1924 (Motifs) Mon. jud. de Lyon, 2 mai 1924; Trib. civil Rouen, 22 mars 1927, gaz. pal. 1927. 1.718; Il faut citer à part Poitiers, 29 octobre 1928, D. P. 1929. 2.19 (note Voirin) : cet arrêt est venu décider qu'en consentant à avoir avec une demoiselle B. des relations intimes « même en dehors de toute manœuvre dolosive de sa part (le séducteur) a par son « fait » (art. 1382 C. civ.) ou par sa « négligence » ou par son « imprudence » (art. 1383 C. civ.) commis une faute civile dont il doit réparation; que si la faute a été commune entre la demoiselle B. et lui sa responsabilité civile n'en doit pas moins être maintenue ». Cette décision doit être considérée comme exceptionnelle. V. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, t. II, par André Rouast, p. 60, n. 73 ; Savatier note sous Req., 8 juin 1926, précitée et doctrine.

aux bonnes mœurs. *L'article 1382 doit être combiné avec l'article 1131* : tout fait dommageable donne lieu à une action en dommages-intérêts au profit de la partie lésée. Or, il se peut que l'homme qui a vécu en concubinage soit le vrai coupable : il est le séducteur, la femme a été trompée; s'il s'engage à réparer le dommage, l'obligation qu'il contracte sera licite; la difficulté est de distinguer s'il y a dommage causé ou s'il y a faute réciproque : c'est une question de fait que les Tribunaux jugent d'après les circonstances de chaque cause et décident par conséquent, en sens divers, sans qu'il y ait contradiction, la diversité des faits entraînant des décisions diverses » (1).

*
* *

La jurisprudence issue de ces conceptions est intéressante à plus d'un titre. Tant que la recherche de la paternité naturelle a été prohibée, la concubine pouvait néanmoins, par cette voie, obtenir des dommages-intérêts équivalents au préjudice qui résultait de la grossesse. En notre matière, les juges n'ont jamais cessé de l'utiliser pour valider la plupart des engagements qui interviennent à la fin du concubinage (2).

---

(1) LAURENT, t. XVI, n. 154.

(2) Riom, 11 août 1846, P. 1846. 2.458 et D. 1846. 2.179 (motifs) ; Lyon, 26 juillet 1858, D. P. 1860.1.256 et S. 1860. 1.321; Grenoble, 30 avril 1858, Cagnet c/ Duval, D. 1858. 2.164 (motifs) ; Grenoble, 23 janvier 1864, Estève c/ Bourgeaud, S. 1864.2.222, P. 1864. 1, 133, D. 1864.5.254 ; Cass., 26 juillet 1864, S. 1865. 1.33, D. 1864. 1.347 et P. 1865. 51 (engagement pris dans un testament) ; Liège, 25 février 1875, D. 1876. 2.49 (engagement pris par le père du jeune homme) ; Aix, 10 janvier 1878, Baudoin c/ Clérissi, S. 1878.2.211 et P 1878. 958; Bourges, 6 juin 1881, Chartou c/ Vve Grandpré (l'engagement pris par le séducteur n'autorise pas les Tribu-

La promesse de l'amant couvrait à la fois le dommage matériel et le dommage moral. A la vérité, il eût été difficile de distinguer entre les deux. L'un et l'autre résultaient à la fois du fait de la séduction et de la perte de la situation (1), de la communication d'une maladie vénérienne (2), de l'abandon et surtout de la charge des enfants issus de l'union hors mariage. Si

---

naux à allouer des dommages-intérêts à la fille séduite quand cet engagement émane d'un mineur; la solution portée au texte résulte *a contrario*, de cet arrêt) ; Trib. civ. Seine, 19 juin 1894, gaz. pal. 1894.2.162; Alger, 23 déc. 1895, consorts Bosc c/ dame Viché, D. 1897. 2.453; Trib. civ. Seine, 9 décembre 1896, gaz. trib., 21 avril 1897, Droit, 12 février 1897; Dijon, 22 mars 1900, D. 1901.2.45 (motifs) ; Trib. civ. Seine, 23 janvier 1908, gaz. trib. 1908. 1er sem. 2.362; Nîmes, 18 mars 1901. S. 1902. 2.208; Aix, 20 février 1908, gaz. trib. 1908. 1.464; Trib. civ. Bordeaux, 28 avril 1909. 2.83; Lyon, 28 avril 1910, Mon. jud. Lyon, 3 juin 1910 (motifs) ; Trib. civ. Seine, 22 juin 1910, gaz. trib. 1910.2.380; Alger, 14 juin 1911, Mon. jud. Lyon, 18 septembre 1912 et Journ. trib. algériens, 21 août 1912; Comp. Montpellier, 18 décembre 1911, Mon. jud. Midi, 25 février 1912; Trib. civ. Seine, 28 mars 1916, Loi 8 avril 1916; Trib. civ. Seine, 5 avril 1913, gaz. trib. 2e sem. 2.142; Trib. civ. Toulouse, 14 avril 1919, gaz. trib. Midi, 18 mai 1919; Trib. civ. Seine, 11 mars 1927, D. H. 1927. 262 et gaz. trib., 9 juillet 1927; Trib. civ. Seine, 19 juin 1925, gaz. trib. 1925. 2.138, Loi 23 février 1926; Trib. civ. Rouen, 19 novembre 1928, demoiselle Chimier c/ Férisse, gaz. pal. 1929. 1.496; Trib. civ. Seine, 2 janvier 1931. S. 1931. 2.44, gaz. pal. 1931. 1.297, dame Cosson c/Combescot.

(2) Le jugement du Tribunal de la Seine du 28 mars 19.5 n'admettait cependant pas qu'une concubine pût être dédommagée du préjudice résultant du fait que pour vivre avec son concubin, la femme avait abandonné son ancienne « situation », en l'occurence un amant antérieur qui l'entretenait.

(3) Trib. civ. Toulouse, 14 avril 1919, précité.

on avait été au fond des choses, il aurait fallu valider l'engagement quelle que fût la nature du préjudice causé. Certaines hypothèses faisaient pourtant difficulté en jurisprudence.

Que les Tribunaux aient entendu se refuser à indemniser une courtisane du fait d'avoir abandonné un amant qui l'entretenait pour un autre qu'elle croyait à tort plus généreux ou plus fidèle, rien n'est plus compréhensible! D'autre part, c'était, comme l'avait exposé Laurent, une question de pur fait pour les juges de déterminer si les relations étaient nées d'un entraînement mutuel ou si une faute grave pouvait être mise à la charge de la victime; ils fixaient alors la somme due d'après les circonstances de la cause et diminuaient ou non la contribution de l'auteur du dommage (1).

Mais quelle devait être la solution de la jurisprudence quand elle avait à résoudre des points aussi délicats que celui de savoir si l'inexécution de la promesse faite à une femme, à l'occasion de son consentement à des relations illicites et tenues secrètes, de légitimer par mariage subséquent l'enfant dont elle deviendrait mère par suite de ces relations, pouvait donner lieu à des dommages-intérêts (2) ? Le Tribunal de Nevers n'a pas cru devoir valider l'engagement; il n'a d'ailleurs pas répondu clairement à la question posée et s'est contenté de voir une espèce de chantage dans la présentation qui lui était faite du billet. A l'inverse, le Tribunal aurait-il pu, comme l'a cru l'annotateur,

(1) V. Nîmes, 22 décembre 1875, D. P. 1876. 2.206; v. encore *Rev. trimestrielle*, 1926. j. 760, observation Demogue.

(2) Tribunal civ. Nevers, 2 janvier 1877, D. 1877. 3.64 et les observations.

juger valable, jusqu'à concurrence d'aliments, la promesse en observant que « sans doute, il faut refuser à la femme tout ce qui est un profit, un *pretium stupri*, mais (qu') alléger les charges qui doivent lui incomber, ce n'est pas lui procurer un bénéfice? » En Droit, la décision du Tribunal de Nevers a été, à notre sens, bien rendue, mal motivée car la seule idée de *dédommagement* ne pouvait être d'aucune utilité pour le maintien même partiel de la promesse litigieuse. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'on ne peut demander de réparation que pour un *dommage subi* (1). L'idée de dédommagement est étroite et ne peut englober le préjudice futur. Pour cette raison, il convient de rapprocher l'espèce jugée par le Tribunal de Nevers, où la concubine réclamait des dommages-intérêts pour un préjudice éventuel au moment de la convention, d'engagements, étudiés par ailleurs, tendant à « garantir la femme des conséquences pouvant résulter de ses complaisances » ou à « acheter à prix d'argent le silence, la paix et la liberté » (2).

---

(1) V. note HÉMARD, ss. Rennes, 7 mars 1904 au Sirey, précitée et note PLANIOL, sous le même arrêt, au Dalloz, précitée.

(2) Caen, 2 juillet 1872, précité; Aix, 25 janvier 1883, précité; v. pourtant Alger, 23 décembre 1895, précité et Trib. Seine, 19 juin 1894, précité.

La jurisprudence italienne admet de la même façon qu'une rente constituée *à cause* du concubinage, en réparation du préjudice moral ressenti par la femme séduite, est valable. La doctrine est plus divisée. V. Rev. trimestrielle 1908.735, le commentaire d'un arrêt de la Cour de Trani (26 mars 1904, Foropugliese, 204) et l'observation de M. Bruschettini.

C) Exécution d'obligations naturelles de réparer nées *ex fornicatione.*

Peut-être les Tribunaux ne statueraient-ils plus en ce sens si des hypothèses de ce genre se présentaient encore devant eux.

C'est une loi caractéristique, en Droit, qu'une jurisprudence fondée sur les concepts larges d'équité et d'humanité tend à englober progressivement des espèces de plus en plus nombreuses.

L'idée de réparation de la séduction s'avérant insuffisante pour assurer dans tous les cas dignes d'intérêt la protection des concubines abandonnées, les décisions récentes ont reconnu, entre amants, un lien de conscience *ex fornicatione,* obligeant l'homme à subvenir aux besoins de la femme quand elle a pu, en toute bonne foi, compter sur son appui dans l'avenir. La jurisprudence met désormais à la charge du concubin une *obligation naturelle* de pourvoir au sort de sa maîtresse, indépendamment de toute idée de séduction. Selon le mot de M. Rouast (1), elle en arrive à admettre que « *les relations sexuelles créent par elles-mêmes un engagement moral à la charge de ceux qui les pratiquent, par suite du préjudice qui peut en résulter pour l'un d'eux* ».

Il devenait inutile ainsi, pour la femme, d'invoquer la faute quasi-délictuelle de son amant. A deux égards, au point de vue de la situation de la réclamante et de la réclamation même, la jurisprudence nouvelle était plus riche de virtualités que celle qui s'en était tenue

(1) Planiol et Ripert, Traité pratique, t. II,, par Rouast, n. 74. V. encore, Rev. trimestrielle 1908.503 s., et l'article de M. E. H. Perreau sur « les obligations de conscience devant les tribunaux ».

à la notion de dédommagement; la concubine délaissée, armée de l'engagement écrit de son amant, pouvait, dès lors, exiger des Tribunaux, l'exécution, même quand il était avéré qu'elle s'était donnée en toute indépendance, en dehors de toute séduction prouvée ou présumée et elle pouvait, en outre, obtenir sans difficulté réparation du préjudice actuel ou *simplement éventuel*.

Au fond, il s'agissait toujours de la réparation d'un dommage, plus largement, plus humainement entendue, il est vrai. On ne pouvait pas davantage parler, en l'occurrence de *libéralité*. Juridiquement, l'opération se résolvait encore en une *obligation civile*, avec cette nuance qu'on devait d'ores et déjà y voir, moins une fixation conventionnelle de dommages-intérêts *qu'une novation d'obligation naturelle* (1).

***

Il semble qu'en notre matière, contrairement à sa tendance générale, la jurisprudence ait longtemps résisté avant de confondre *obligation naturelle* et *devoir de conscience* (2). Sans doute, au cours de la seconde moitié du XIX^e^ siècle, les Tribunaux remar-

---

(1) Comp. SAVATIER : Des effets et de la sanction du devoir moral, thèse Poitiers, 1916, précitée, p. 287 et suiv.

Cet auteur estime que la jurisprudence a fait fausse route en reconnaissant une obligation naturelle fondée sur la réparation d'un dommage. « De deux choses l'une, écrit-il, ou l'on est en présence d'un dommage causé par une faute et alors l'indemnité est *dette civile*, ou bien il y a absence, *soit de faute causale, soit de dommage*, et alors il n'y a même pas de dette naturelle ».

(2) V. note PLANIOL, précitée; article de M. E.-H. Perreau, précité et Ripert, ouvrage précité, p. 393 s.

quent-ils fréquemment que les amants infidèles ou blasés ont le devoir de conscience et d'honneur de réparer; ce n'en est pas moins à l'idée de dédommagement et de réparation du tort causé qu'ils se réfèrent le plus souvent; la simple constatation que l'engagement résulte du devoir moral n'empêche pas, au surplus, l'opération d'être une libéralité si on ne se décide à superposer, sur le terrain du Droit, l'obligation naturelle à l'ordre de la conscience (1).

Néanmoins, dans la tendance qui se précise dès ce moment à reconnaître, à l'occasion du concubinage, des devoirs de conscience, on retrouve les premiers linéaments de la conception actuelle et l'on peut prévoir que le jour n'est pas loin où ces devoirs seront pris en considération, par les Tribunaux, sous le couvert de l'obligation naturelle. Un arrêt de la Cour de Caen avait, dès 1872, admis, dans ses motifs, qu'un engagement consenti au profit d'une concubine pouvait être l'acquit d'une obligation naturelle (2) et quelques décisions avaient alors adopté cette manière de

(1) Aix, 10 janvier 1878, Baudoin c/ Clérissi, S. 1878.2.211 et P. 78.958, adoptant purement et simplement les motifs de Trib. civil Nice, 9 mai 1877 ; comp. Req. 3 avril 1882, D. 1882.1.250 ; Trib. civil Seine, 9 décembre 1896, Gaz. Trib. 21 avril 1897 et Droit, 12 février 1897 ; Dijon, 22 mars 1900, D. 1901.2.45 (motifs) ; v. note HÉMARD, sous Montpellier, 16 décembre 1901, S. et P. 1905.2.85.

(2) Caen, 2 juillet 1872, LEBEURRIER, S. 1873.2.145 et P. 1873.60 ; v. dans une matière voisine, Trib. civ. Le Puy, 29 janvier 1869 (l'auteur d'une promesse de mariage non réalisée peut nover une obligation naturelle et de conscience, dont lui seul est juge, et reconnaître ainsi devoir une réparation dont il a lui-même fixé l'importance).

voir (1). Vingt ans plus tard, dans un arrêt de la Cour de Dijon, l'évolution de la jurisprudence était si nette qu'on peut la considérer, dès lors, comme ayant atteint sa forme définitive; la Cour ne faisait aucune difficulté pour admettre l'existence d'une obligation naturelle « née d'un devoir de conscience ou d'honneur de prendre sa part des inconvénients » du concubinage et pour apprécier largement le dédommagement en le subordonnant à la fois à l'atteinte portée à la réputation de la jeune fille séduite et aux charges éventuelles résultant d'une grossesse (2). Or, il est clair que ces décisions cependant animées d'esprit nouveau se rattachent encore étroitement à la jurisprudence fondée sur la seule réparation de la séduction. Ce que les Tribunaux ont créé n'est encore qu'une *obligation naturelle de réparation « ex fornicatione »*.

*
* *

Avec l'arrêt ayant l'allure d'une décision de principe, rendu par la Cour de Rennes, le 7 mars 1904, le ton change, il n'est plus question, comme dans les décisions antérieures de dédommagement; le tort causé *n'est plus l'unité de mesure qui doit servir à déterminer le montant de la dette*. Il y a, en somme, exten-

(1) Planiol, dans sa note précitée, paraît admettre que l'idée d'obligation naturelle apparaît seulement dans l'arrêt du 7 mars 1904, rendu par la Cour de Rennes qu'il rapporte. V. cependant Bourges, 6 juin 1881, Charton c/ Vve Grandpré D. P. 1882.2.117 ; comp. Paris, 30 juin 1893, D. 1894.2.526 (« obligation morale et naturelle » : la confusion est complète). Trib. civ. Tarbes, 26 juin 1899, Gaz. Pal. 1899.2.160 et Pand. fr. 1900.2.15. Trib. civ. Marseille, 7 novembre 1900, Droit 17 mars 1901.

(2) Dijon, 27 mai 1892, D. P. 1893.2.183 et les renvois.

sion à une situation de fait des obligations légales nées du mariage. Dans ce sens, on peut dire que l'obligation naturelle reconnue désormais au profit de la concubine correspond au douaire de notre Ancien Droit, ou mieux encore, à l'obligation alimentaire entre époux et n'en diffère que par l'absence de sanction. Ainsi voit-on la Cour de Rennes décider que l'engagement pris par l'amant « n'est d'ailleurs que la reconnaissance d'une dette naturelle; qu'après avoir cohabité pendant vingt années avec Estelle P. qui lui avait consacré sa jeunesse et qui pouvait croire son existence liée définitivement à la sienne, il ne pouvait décemment, la voyant arrivée à un âge où il lui serait difficile de recommencer une vie nouvelle, la renvoyer brusquement *sans lui assurer le pain de ses vieux jorus* » (1); la Cour de Toulouse aller plus loin encore et admettre que l'amant doit fournir à la maîtresse qu'il veut abandonner *des moyens honorables d'existence,* ne fût-elle pas encore trop âgée pour y subvenir personnellement (2).

(1) Rennes, 7 mars 1904, D. 1905.2.305, note Planiol, S. 1907.2.241, note Hémard.

Dans le même sens, Trib. civ. Seine 22 juin 1910, Dlle Gicquel c/ X., Gaz. Trib. 1910.2.380.

(2) Toulouse, 29 avril 1912, Gaz. Trib. Midi, 4 août 1912, cité par M. E.-H. Perreau, article précité.

Comp. Bordeaux, 11 mars 1896, S. 1898.2.14; Lyon, 30 mars 1890, S. 1898.2.141 (en sous-note) : Trib. civil Bordeaux 28 avril 1909, Gaz. Pal. 1909.2.83 ; Montpellier 18 décembre 1911, Mon. jud. Midi, 25 février 1912; Bordeaux, 14 février 1912 (2 espèces), Rec. Bordeaux 1912.1.131 et Droit 10 mai 1912. Certaines décisions semblent toujours mesurer l'obligation naturelle ou le devoir de conscience au préjudice : Trib. civ. Seine 5 avril 1913, Gaz. Trib. 2e sem. 2.142; Trib. civ. Toulouse, 14 avril 1919, Gaz. Trib. Midi 18 mai 1919; Trib.

En définitive, il semble bien que dans ce dernier état de la jurisprudence, une étroite harmonie s'instaure enfin entre les solutions désormais admises par les Tribunaux et l'intention réelle des amants clairement révélée par la forme de leurs engagements, le plus souvent *viagers*.

Au reste, on pourrait penser que les juges ont entendu subordonner la reconnaissance du devoir moral à l'existence de ce qu'on appelle aujourd'hui un *mariage apparent*. Copiée sur une obligation légale issue du mariage, il paraît logique de ne faire bénéficier de cette obligation naturelle que les concubins vivant maritalement, de l'attacher, pour ainsi dire, comme une faveur à certaines unions irrégulières particulièrement dignes d'intérêt. Telle n'a pourtant pas été l'intention nettement exprimée des Tribunaux. C'est ainsi que la Cour de Rennes étendant à une concubine *adultère* la jurisprudence dégagée vingt ans plus tôt par elle, reconnut à son profit une obligation naturelle dans des circonstances qui, pourtant, n'auraient pas dû lui valoir beaucoup d'indulgence de ses

---

civ. Rouen, 19 nov. 1928, Dlle Chimier c/ Férisse, Gaz. Pal. 1929.1.496; Nancy, 11 juin 1929, Rec. Nancy, 1929.108 et Rec. Sommaires 1930 (N. 559) ; Caen, 15 juillet 1926, Rec. Caen 1927.229 ; Trib. civ. Seine 15 janvier 1926, Gaz. Trib. 1926.2. 427 ; Grenoble, 28 mai 1926, Gaz. Pal. 1927. Tables : oblig. naturelle et J. Grenoble 1926.163; Paris 8 juillet 1926, D. H. 1926.488 et S. 1926.2.92.

Comp. Trib. civ. Seine, 2 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.1.297; S. 1931.2.44 et Gaz. Trib. 10 février 1931, Dame Cosson c/ Combescot.

Trib. civ. Alençon 29 juillet 1932. D. H. 1932.564.

juges (1). Cette dame « ardente peut-être, romanesque certainement, âgée de 32 ans », à la tête d'une petite fortune, avait profité de l'absence de son mari qui séjournait au front en 1917, pour lier connaissance avec un séduisant capitaine; elle s'était laissée « suggestionner » dit l'arrêt, sinon par la solde, du moins par l'uniforme chamarré et le charme personnel de l'officier; la Cour, il est vrai, notait en faveur de cette maîtresse infortunée qu'elle s'était vite aperçue de sa « folie et avait voulu se reprendre »; mais qu'à ce moment son jeune amant « encore troublé par les joies que venait de lui donner une maîtresse passionnée, a crié sa douleur, son désespoir, a supplié qu'on lui accordât une dernière entrevue ». Il obtint cette faveur et c'est ainsi qu'il put « par des baisers et des promesses reconquérir celle qui devait et voulait le fuir » (sic).

*
* *

Cette ultime extension de l'obligation naturelle au profit d'amants adultérins n'a pas été sans provoquer des réactions de la part de certains Tribunaux. Ils n'attaquaient pas le principe de la validité de l'engagement; ils admettaient que les relations sexuelles hors mariage pouvaient donner lieu à une « obligation naturelle susceptible de se transformer en une obligation civile... en vue de secourir ou d'*assurer l'exis-*

(1) Rennes, 20 octobre 1924, Gaz. Pal. 1924.2.676. Cet arrêt admettait néanmoins que la faute commune peut diminuer le chiffre de l'obligation naturelle. M. Demogue (observ. à la Rev. trimestrielle, 1925 j.99) note que c'est « l'application du Droit Commun de la responsabilité » tant il est vrai que l'obligation naturelle *ex fornicatione* se dégage encore mal de l'idée de faute et de quasi-délit. Comp. pour le cas où il y a relations adultérines : Trib. civ. Bordeaux 12 décembre 1922, Gaz. Pal. 1923.1.269 ; Rev. trim. 1923 p. 486.

tence du concubin » (1), mais ils ajoutaient que les relations adultérines dont le caractère est délictuel « ne pouvaient servir de base à une obligation quelconque ». Dans leur conception, *l'obligation naturelle ne naissait du devoir moral qu'au profit de concubins non mariés lorsque les conditions du mariage apparent se trouvaient réalisées* ou, à tout le moins, quand il s'agissait d'un « concubinat prolongé pendant plusieurs années ».

Cette manière de voir de la Cour de Grenoble fut, quelques mois après, reprise et aggravée par la Cour de Pau (2). Mais ces arrêts sévères sont demeurés

(1) Grenoble, 25 février 1925, Gaz. Pal. 1925.2.48, J. Grenoble 1925.94, Pignard c/ Mitton. L'expression « concubinat » fait songer à une espèce de mariage secondaire ; mais, dans notre Droit Moderne, il ne peut y avoir confusion : il s'agit d'*apparence de mariage*. V. l'introduction.

Comp. Grenoble 28 mai 1926, J. Grenoble 1926.163 ; Gaz. Pal. 1927.1. Tables : oblig. naturelle. La même Cour admet que l'engagement pris par le père d'un enfant adultérin de verser à la mère une somme annuelle pour contribuer à l'éducation de cet enfant constitue l'acquittement d'une obligation naturelle. L'engagement est pris *envers la mère* ; de plus, il ne constitue pas, selon les termes de l'arrêt, une charge alimentaire et la somme promise ne pourrait être majorée avec les fluctuations économiques. Néanmoins, il est validé, car son *affectation est bien spéciale*.

(2) Pau, 26 mai 1925, Gaz. Trib. 1925.2.137 : « ...attendu que s'il est vrai que la jurisprudence la plus moderne a, dans certains cas, validé l'engagement pris envers une concubine, comme étant la réparation d'un préjudice matériel et moral créant une obligation naturelle, cette jurisprudence même ne saurait s'appliquer *à des promesses inconsidérées au profit du monde de la galanterie, alors qu'elles tendraient surtout à récompenser des relations non seulement immorales, mais encore délictuelles ;* — Attendu qu'il n'est point d'obligation naturelle contre le devoir moral et contre la loi ni par conséquent de novation possible de cette prétendue obligation naturelle en un engagement civil, la cause initiale en étant manifestement illicite... »

exceptionnels. Les décisions postérieures n'ont pas maintenu leur rigueur à l'encontre des concubins mariés, non sans quelque raison, semble-t-il, notamment lorsque c'est le promettant qui est adultère et que sa complice est devenue mère ; comment supposer, en pareil cas, que la qualité d'homme marié peut, en quoi que ce soit, modifier la situation juridique des parties et exonérer l'intimé de l'obligation qu'il avait contractée (1)? Mais la question était plus délicate quand il n'y avait pas d'enfant issu de l'union. Pourtant, la jurisprudence n'a pas hésité davantage à valider l'engagement. La doctrine semblait plus indécise. M. Demogue, après mûre réflexion, concluait dans le même sens que les Tribunaux : « Nous croyons cependant, disait-il, qu'en ce cas, à raison du préjudice causé, il y a obligation morale qui peut être transformée en obligation civile. *On peut se juger moralement tenu de réparer tout dommage causé* » (2).

Tels sont les résultats auxquels aboutit la jurisprudence dans son dernier état. Le principe de l'obligation naturelle n'est contesté par personne. Par contre, les applications que les Tribunaux en font à certains cas particuliers sont ardemment combattues par les auteurs, à tel point que l'un d'entre eux s'est donné pour mission de souligner l'immoralité de certains

---

(1) En ce sens, v. Montpellier, 23 mars 1925, Gaz. Pal. 1925.2.49 ; v. l'arrêt de Lyon cité dans l'observation de M. Demogue, Revue trimestrielle, 1925, J. 610 ; rappr. Demogue, oblig. t. II, n. 840 ; Comp. Req. 8 juin 1926, D. H. 1926.362, Gaz. Pal. 3 juillet 1926 et Paris 8 juillet 1926, D. H. 1926.488 et S. 1926.2.92 ; Trib. Seine 11 mars 1927 (dame 2 fois mariée et deux fois divorcée) ; Comp. Trib. Seine, 2 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.1.297 ; S. 1931.2.44.

(2) Revue trimestrielle, 1925 j. 610, observ. Demogue.

engagements validés pourtant comme l'exécution d'obligations morales (1).

*
* *

L'erreur de la jurisprudence actuelle, c'est de ne pas avoir reconnu résolument, *indépendamment de tout préjudice*, l'existence d'un lien de conscience *ex fornicatione*, subordonné à la *dignité de l'union envisagée*. S'en tenant en notre matière à l'idée d'obligation naturelle de réparer, elle ne pouvait pas échapper à un obstacle que Planiol prévoyait dans sa note, dès 1905, à savoir qu'elle allait être infailliblement entraînée à prendre en considération, *sous le couvert d'obligation naturelle, tout préjudice causé*. La prédiction s'est réalisées. C'est ainsi qu'on a vu, en 1927 (2), le Tribunal de la Seine valider comme étant l'accomplissement d'un devoir de conscience, l'engagement d'un concubin destiné « à assurer pendant quelques mois encore le bien-être de sa maîtresse, étant donné le genre d'existence facile auquel il l'avait habituée », alors que le Tribunal observait par ailleurs « qu'elle ne manquait pas d'expérience sentimentale, puisqu'encore jeune » elle avait été deux fois mariée et deux fois divorcée.

Même si l'on admet que, dans des cas de ce genre, la réparation s'impose. il importerait de dissocier l'idée d'*obligation naturelle* de l'idée de *réparation*, et de se dispenser de valider de tels engagements en s'efforçant à tout prix d'y voir l'exécution d'un devoir moral.

---

(1) V. observ. Savatier, Revue trimestrielle 1926 j. 1086 et 1931 j. 184 ; rapprocher Japiot 1927 j. 701 et 1927 j. 436.

(2) Trib. Seine 11 mars 1927, D. H. 1927.264.

Il semble d'ailleurs que le Tribunal de la Seine ait renoncé récemment à cette idée qu'on peut se juger moralement tenu de réparer tout dommage causé. C'est ainsi qu'en l'absence « d'une prétendue obligation naturelle » (1) il a validé, en faveur d'une « conquête facile » à qui on avait promis « une vie agréable et une brillante situation » et qui n'avait eu aucun scrupule, devant cette perspective alléchante, à abandonner son mari, modeste travailleur, une rente mensuelle et viagère de 3.000 francs destinée à lui permettre « une vie décente ».

Il y aurait encore beaucoup à dire sur la façon large de certaine jurisprudence d'entendre la réparation du préjudice même en l'absence d'obligation naturelle, et d'envisager la décence d'un niveau de vie à l'usage de professionnelles de l'Amour. On ne sait réellement pas comment justifier la validation d'une rente de 3.000 fr. en faveur d'une « femme mariée qui se laisse » facilement conquérir par un riche fêtard qui a fait luire à ses yeux une vie opulente; « en réalité, dit M. Savatier, ce qu'elle fait s'appelle de la prostitution et ne mérite la faveur ni de la loi, ni de la morale ou de l'ordre public ». Nous ne pensons certes pas, comme cet auteur, que de pareilles décisions soient susceptibles d'ébranler l'honnêteté des femmes du peuple, car nous sentons ce qu'une telle supposition peut avoir d'outrageant pour elles; du moins, peut-on remarquer avec lui qu'il existe bien peu « de professions féminines dont le salaire soit aussi élevé que celui qui

---

(1) Trib. Seine 2 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.1.297 et S. 1931.2.44.

rémunère ici la profession d'ancienne maîtresse de M. X. » (1).

Qu'ils se réfèrent à la notion de dédommagement ou qu'ils reconnaissent l'existence d'une obligation naturelle, il semble donc que la tendance actuelle des Tribunaux soit d'admettre trop largement ou trop facilement des obligations dont le principe est incontesté.

A notre sens, la jurisprudence s'intéresse trop à la réparation du préjudice proprement dit, pas assez à la décence de l'union envisagée. Si elle persiste à poser en axiome qu'il y a devoir moral de réparer tout dommage, on la verra bientôt accorder de fastueuses indemnités de congédiement à certaines maîtresses expertes à remplacer leurs riches amants par des amants plus riches encore s'il s'en touve; il suffira, alors, que leur perspicacité, endormie par de fallacieuses promesses, ait été prise en défaut; elles pourront, de ce fait, avoir réellement souffert un dommage dont on devra, dans la rigueur des principes, leur accorder réparation.

*
* *

Pourtant, la jurisprudence a dégagé aujourd'hui tous les éléments d'une construction juridique susceptible de donner, à la fois, satisfaction à l'équité et à la morale. Les décisions bien motivées pourraient, en fait, être bien jugées. Il n'est pas faux de dire qu'en principe, il y a obligation naturelle de réparer et de

---

(1) Revue trimestrielle, 1931 j. 184, observ. Savatier.

V. encore les critiques formulées sur cette jurisprudence par A. Trasbot, Revue critique 1929.449.

R. Morel, Revue critique 1927.

H. Simonet : Le mariage et l'union libre 1929.

dédommager. Les solutions un peu choquantes de certains Tribunaux s'apparentent seulement à une application trop peu nuancée de ce principe. Nous ne croyons pas, quant à nous, que les juges puissent arguer de services illicites, de dommage causé dans des conditions suspectes à des hétaïres grassement rétribuées pour conclure à la naissance d'obligations morales (1).

En revanche, nous estimons que les magistrats doivent, avant tout, s'attacher aux caractères distinctifs de l'union extra-légale qui leur est présentée. C'est alors l'occasion d'appliquer à la matière leur conception du mariage apparent car il s'agit, ici, de faire bénéficier les concubins d'un *statut avantageux*. Ils devront rechercher si les intéressés ont vécu réciproquement comme des époux. Dans l'affirmative, il est certain que le stupre a été relégué au second plan. Il n'y a plus de difficulté pour admettre qu'ils ont pu, au cours de l'union, se rendre des services licites, pour admettre de la même façon qu'à la cessation du concubinage, l'amant doit à la maîtresse qu'il congédie réparation du préjudice que lui causent et le fait même de la séparation et la survenance d'enfants issus de l'union, à titre d'obligation naturelle. Et nous allons plus loin, nous admettons que l'obligation morale peut, quand cette apparence est manifeste, revêtir le caractère alimentaire, se détacher de la notion classique de dédommagement. L'époux apparent doit encore assurer à la concubine délaissée le pain de ses vieux jours, des moyens honorables d'existence même si elle est jeune encore. Au reste, la notion de préjudice moral

(1) En ce sens, Planiol allait jusqu'à nier la réalité du dommage si la concubine avait des mœurs déshonnêtes avant la liaison, v. note précitée.

est assez compréhensive pour englober la réparation proprement dite et les aliments. En prenant l'engagement envers la femme qui a tenu, pendant de longues années, son ménage comme l'eût pu faire une épouse légitime, de subvenir à ses besoins dans l'avenir, le concubin observe la loi morale, telle que nous la concevons; il accomplit tout simplement son devoir d'honnête homme. Les Tribunaux se doivent d'avaliser cet engagement en basant leur estimation sur les revenus du promettant et sur le train de vie mené jusqu'alors par les deux intéressés.

Il faudrait, en sens inverse, faire disparaître le spectacle des maîtresses appointées, réclamant à la fin des relations, de somptueuses indemnités de congédiement. Il conviendrait de ne pas consacrer à leur profit un prétendu droit moral aux aliments, quand l'union de fait n'a été qu'un long scandale, quand les concubins n'ont manifestement pas entendu mener la vie maritale, soit que les rapports intimes aient eu lieu en marge du mariage dans lequel l'un d'entre eux se trouvait engagé, soit que le concubinage n'ait été, en soi, qu'une forme larvée de prostitution (1).

Ainsi l'obligation naturelle, épurée, resterait-elle l'apanage de ces *unions libres* dont la dignité ne le cède

---

(1) Sur le point de savoir s'il existe, en général, une obligation naturelle de réparer le préjudice causé à autrui, v. P. Timbal, th. précitée, p. 110 s. et bibliographie citée.

« C'est, dit M. Ripert, ouvr. précité, n. 195, p. 392, une question qui ne peut comporter de réponse. Le devoir n'est pas le même pour tous et, en tout cas, il n'est pas accompli par tous de la même façon. Le juge peut simplement constater qu'il est accompli ».

V. Caen, 18 janvier 1888, S. 1890.2.97 : « Il n'y a ni obligation naturelle, ni dette d'honneur à exécuter une obligation illicite ».

en rien à celle de la moyenne des ménages réguliers; elle ne serait plus, en notre matière, détournée de son but ; elle serait bien, selon le mot de M. G. Ripert, « *une fiction commode pour introduire le devoir moral dans la vie juridique* (1).

Ce devoir a donc des limites; si on l'outrepasse, si la promesse excède les besoins alimentaires de la concubine ou la réparation du dommage, *on n'évolue plus dans le cercle des quasi-délits ou des obligations naturelles, mais on retombe dans la sphère des libéralités.* C'est, en effet, le propre d'une étude sur une catégorie spéciale de donations rémunératoires de mener alternativement des actes à titre gratuit aux actes à titre onéreux et inversement. C'est moins à titre de réparation du tort causé qu'à titre de donations que devraient être examinées les opérations du même type que celle que nous avons analysée à propos du jugement rendu, le 2 janvier 1931, par le Tribunal de la Seine. Et à supposer qu'à ce titre, leur cause n'apparaisse pas immorale, ne conviendrait-il pas de remarquer tout au moins qu'il n'y a aucune raison pour les dispenser des formes édictées par la loi, que c'est « précisément dans des hypothèses semblables que ces formes sont le plus utiles et pour des cas voisins qu'elles ont été prescrites » (2), alors que cette dispense n'était

(1) G. Ripert, ouvr. précité, p. 408, n. 202, in fine.

(2) V. observ. Savatier, Rev. trimestrielle 1931 j. 184 ; Comp. Paris 5 nov. 1925, D. H. 1925.656 et observ. Savatier, Rev. trim. 1926 J. 203 in fine. Comp. encore Planiol et Ripert, Tr. pratique, t. V, par A. Trasbot, p. 357-358, n. 342, in fine. Abstraction faite de l'irrévocabilité, la solennité apparaîtrait comme *illogique* et *inefficace*. *Illogique*, car il existe, en Droit Moderne, bien d'autres moyens de se ruiner que les donations. *Inefficace*, car elle est loin d'englober aujourd'hui toutes les donations.

pas, aux yeux des auteurs, le moindre des avantages attachés à la reconnaissance d'une obligation naturelle (1) ?

---

(1) PLANIOL, note précitée au D. P. 1905.2.305 et HÉMARD, note précitée au S. 1907.2.241.

L'arrêt de la Cour de Pau, 26 mai 1925, Gaz. Trib. 1925.2. 137 consacre un certain nombre de ces idées :

« Attendu que la dame L... ne peut alléguer à l'origine de sa liaison toute occasionnelle avec le riche américain S. P., alors presque sexagénaire et qu'elle savait marié, la séduction, la surprise, ou l'erreur ; *qu'il n'apparaît même pas que ces relations, simple épisode d'une vie galante et d'où n'est résultée aucune charge de maternité, avait amené une véritable communauté d'existence, l'amant n'ayant jamais abandonné son légitime foyer;* —

« Que s'il est vrai que la jurisprudence la plus moderne a, dans certains cas, validé comme étant la réparation d'un préjudice matériel et moral créant une obligation naturelle, cette jurisprudence ne saurait s'appliquer à des *promesses inconsidérées faites au profit du monde de la galanterie alors surtout qu'elles tendraient à récompenser des relations non seulement immorales, mais encore délictuelles;* —

« Attendu qu'il n'est pas d'*obligation naturelle contre le devoir moral et contre la loi,* ni par conséquent de novation possible de cette prétendue obligation naturelle en un engagement civil, la cause initiale en étant manifestement illicite ; —

« Attendu que vainement soutient-on que la lettre missive précitée, par son rapprochement avec la correspondance échangée permettrait de reconnaître un véritable contrat à titre onéreux, la promesse n'ayant été donnée par S. P. qu'en échange du sacrifice matériel et moral que lui aurait consenti son ancienne maîtresse en quittant la villa qu'il avait acheté pour elle, et en s'éloignant de B.

« Attendu qu'on ne retrouve nullement dans les éléments de la cause et spécialement dans la correspondance... la preuve d'une convention synallagmatique de cette nature et d'où résulterait véritablement un rapport de dépendance mutuelle entre la prestation promise, la vente de la villa et le

(§ 2) *RECHERCHE DU CRITERIUM DU CARACTERE LICITE DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS*

Il existe donc, aux deux pôles de la sphère des libéralités entre concubins, deux catégories de véritables actes à titre onéreux pour lesquels il ne saurait y avoir de doute quant à la nullité ou à la validité. La nullité des véritables contrats commutatifs ayant pour but de salarier des relations coupables a toujours été admise par la jurisprudence et par la doctrine. A l'inverse, les cas de réparation de la séduction caractérisée ou non par abus d'autorité ou promesse de mariage, doublés ou non d'une obligation naturelle ne sauraient encourir la rigueur des lois et des Tribunaux. Entre ces deux pôles, apparaît la vaste zône, aux limites imprécises des libéralités entre concubins, plus ou moins colorées de rémunération.

Or, nous avons montré que dans ce vaste domaine aux contours flous, il n'était pas impossible de s'orienter. Quand la coloration était franche, quand il y avait

---

départ de B., la dame L... ayant gardé à cet égard sa pleine et entière liberté d'action ;

« Qu'ainsi, la promesse faite par S. P., dont il réserve simplement de suspendre l'exécution, si l'attitude de son ancienne maîtresse lui crée des ennuis, *n'est qu'un acte unilatéral, procédant d'une cause illicite, surtout par le désir d'aboutir à une rupture sans scandale ;*

« *Attendu qu'il est sans utilité d'examiner si ce prétendu engagement peut être validé comme donation entre vifs puisque, à ce titre, elle manquerait des conditions essentielles à son existence juridique, les formes voulues à peine de nullité par la loi (art. 931 et 1339 C. Civil) n'ayant pas été osbervées* ».

marché larvé sinon réel, quand la donation venait manifestement rémunérer des relations passées, présentes ou futures, la jurisprudence trouvait dans le jeu du motif impulsif et déterminant à la fois un moyen d'investigation et une arme efficace. *Apparemment, le critérium de l'invalidité des libéralités entre amants ne manquait pas de netteté.*

Si nous nous tournons maintenant *vers la recherche du critérium de leur validité,* nous nous apercevons que cette clarté est toute superficielle. Beaucoup de donations et de legs n'apparaissaient pas avec cet aspect tranché, avec cette coloration indiscutable dans la réalité mouvante des faits. Les cas-types étaient peut-être l'exception, et les cas mal caractérisés, la règle. Les Tribunaux évoluaient le plus souvent au milieu des demi-teintes, des actes dont il n'était pas facile de tirer une indication certaine sur le motif prépondérant qui avait guidé leur auteur, des donations qu'un sentiment de reconnaissance, de délicatesse ou d'affection ou que le désir de récompenser les bons soins reçus du gratifié avaient, seuls, inspirées. A quel genre de discrimination s'attacher dans ces diverses opérations ? Pouvait-on qualifier de déterminant le motif indiqué par l'auteur ? Comment d'ailleurs, aurait-on pu arriver à établir l'immoralité d'un simple sentiment de reconnaissance ou de délicatesse ?

*
* *

Quelques espèces, à la vérité, ne semblaient pas douteuses, et la jurisprudence, le cas échéant, n'hésitait pas à valider. Il s'agissait de ces hypothèses, fréquentes, où le caractère *rémunératoire* de la libéralité consistait moins dans la récompense de rapports immoraux que dans celle de *services parfaitement licites.*

Les Tribunaux maintenaient ainsi les libéralités ayant pour but de rémunérer la concubine des soins assidus et constants, prodigués par elle à son amant, au cours d'une longue maladie ou de la vieillesse, alors que les membres de la famille ne lui avaient pas témoigné l'affection et l'attachement sur lesquels il était en droit de compter (1). Ils se montraient également favorables à la maîtresse, lorsque la rémunération consistait dans la transmission d'un fonds de commerce exploité, géré en commun pendant de longues années, alors que la concubine n'avait pas cessé de se montrer la plus dévouée des collaboratrices (2). Il eut été inique, en vérité, — et le vrai scandale eût consisté dans cette exposition ! — d'étaler au grand jour de l'audience la réalité des relations sexuelles entre gratifiant et gratifié comme le seul ciment de l'union, alors qu'il existait manifestement entre amant et maîtresse, des *communautés d'intérêts et des services réellement rendus,* parfois du dévouement et de l'abnégation qu'on aimerait à retrouver dans tous les ménages conclus dans l'ombre et sous la protection de la loi !

Dans tous ces cas, le caractère licite de la rémunération permettait aux juges de donner satisfaction à l'équité.

*
* *

(1) Toulouse, 25 juin 1900, D. 1901.2.313, Cibiel c/ Escouboué ; Besançon 4 juin 1924, Gaz. Trib. 1924.2.548.

(2) V. Besançon, 4 juin 1924, précité ; Montpellier 11 mars 1925, Mon. jud. Midi 1er mai 1925, Gaz. Pal. 1925.2. Table V. Donations, n. 6 ; Comp. Trib. civ. Marseille, 25 novembre 1925, Gaz. Pal. 1926.1.138. (La libéralité causée pour bons soins s'appliquait à la servante et non à la concubine). Comp. aussi, observ. Savatier sur ce jugement, Revue trimestrielle 1926 j. 203 ; Cass. req. 21 juin 1926.1.294, Kirsch c/ Davoust (exploitation en commun de baraques foraines).

Mais l'incertitude continuait de régner lorsque la réalité des services rendus n'était pas prouvée, lorsque le donateur parlait de *reconnaissance* et de *délicatesse* sans qu'on pût exactement en déterminer *l'origine*. La doctrine a parfois accusé la jurisprudence de peser ces sentiments complexes et variables suivant les espèces. Or, dit M. A. Trasbot : « distinguer en ce cas l'amitié et l'amour paraît un prodige d'équilibre et les juges qui s'attaquent à un pareil problème psychologique font preuve d'une hardiesse excessive. Il existe un rapport étroit entre les deux sentiments et il est difficile d'admettre que le disposant ait pu faire abstraction de l'amour pour ne considérer que l'amitié au moment de la libéralité » (1). Autant vaudrait, en effet, essayer de délier le nœud gordien !

Aussi bien, quoiqu'on en ait pu dire, la jurisprudence moderne ne s'est point livrée, dans son ensemble, à l'analyse de sentiments aussi intimement liés que le chêne et le lierre. Peut-être est-il bon d'ajouter, pourtant, que les juges, appelés par destination à statuer sur des cas d'espèces, n'étaient pas absolument inaptes à ces recherches d'intention. Or, il s'y sont généralement refusés. Bien plus, ils n'avaient pas à s'y livrer en se tenant sur le seul terrain des principes qu'ils avaient dégagés. Comme on l'a dit encore : « la jurisprudence avait à choisir entre deux manières d'interpréter le silence du Code sur les libéralités entre concubins : *ou bien prononcer la nullité de toutes les libéralités pour une cause illicite manifeste, sauf dans le cas de réparation ; ou bien admettre leur validité dans*

---

(1) V. dans la Revue critique de législ. et de jurisp. l'art. de M. A. Trasbot, Jur. civ. p. 449, année 1929 ; comp. observ. Savatier, précitée, revue trimestrielle 1926 j. 203.

tous les cas, sauf celui de rémunération ou d'encouragement par rapport à une situation immorale » (1).

La jurisprudence n'a pas cessé de choisir la seconde branche de l'alternative. Que le gratifiant ait pris soin de justifier son acte de libéralité par les soins reçus, la reconnaissance ou la délicatesse, ou qu'il ait laissé ignorer le sentiment qui le guidait, les Tribunaux admettent la validité (2).

---

(1) Article de M. Trasbot, précité, in fine.

(2) Trib. civ. Seine 21 novembre 1893, Gaz. Pal. 1893.2.604 (admet la validité d'une libéralité consistant en une rente viagère, par laquelle un homme obéit seulement à un devoir de délicatesse, alors que la liaison, loin d'avoir été, pour sa maîtresse une cause de dommage, a été une *source de bénéfice.*

Cass. req. 4 mai 1908, Gaz. Pal. 1908.1.700, Galland c/ dame Revel; (acte s'expliquant par des considérations de famille et de bienfaisance). Paris 23 juillet 1914, D. P. 1918. 2.51, Dlle H. c/ G. et la Cie La New-York (libéralité ayant pour but de ne pas laisser sans ressources une personne qui a eu juste motif de croire, par une communauté prolongée de vie, que son existence serait assurée).

Civ. 11 mars 1918. Compayré c/ Dlle Combes, D. P. 1918.1. 100, S. 1918-19.1.170, Gaz. Pal. 17 avril 1918 (pensée d'affection et de prévoyance) ; Paris 5 mai 1925, D. H. 1925.474, S. 1925.2.59, Gaz. Trib. 1926.2.494, Dame Vve C. c/ Dlle S. et Cie La Prévoyance (pensée d'affection et de prévoyance : cet arrêt est plus large que les précédents en ce sens qu'il justifie la validité par le fait que la police d'assurances n'a pas été imposée comme « une condition mise par elle (la maîtresse) à la continuation de la vie commune ». Une simple pression ne suffirait pas à infecter l'acte). Paris 5 novembre 1925, D. H. 1925.656, Darier c/ Vve Dubois (libéralité par laquelle un homme, obéissant seulement à un sentiment de reconnaissance ou de délicatesse sert une rente viagère à une maîtresse pour qui la liaison n'a jamais été une cause de dommage. Trib. civ. Marseille 25 novembre 1925, Gaz. Pal. 1926.1.138 (ce cas a fait difficulté, sinon en jurisprudence du

Mais il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette jurisprudence. Pourtant, M. Savatier présente certains arrêts qui ont validé des libéralités entre concubins comme admettant, dans leurs motifs, que les actes dont le caractère de marché n'apparaîtrait pas avec évidence ne seraient que l'exécution d'un devoir d'assistance (1).

---

moins en doctrine, parce qu'on se demandait si les soins allégués étaient les tendres soins de la maîtresse légataire ou des soins aussi diligents qu'ancillaires, V. observ. Savatier, rev. trimestrielle 1926 j. 203) ; Trib. civ. Nancy, 8 décembre 1925, Gaz. Trib. 1926.2.411 (motifs) ; Req. 8 juin 1926, D. 1927.1.113, note Savatier ; Paris 16 novembre 1927, D. H., 1928.57, dame Renaud c/ Dlle Fils (la cause « unique » de la disposition procède d'une pensée d'affection et de prévoyance, et non « de la crainte que le testateur aurait eu de voir se modifier une situation d'une solidité certaine à ses yeux comme aux yeux des témoins entendus ») ; Aix, 7 mai 1928, Gaz. Pal. 1928.2.444, Dlle T. c/ Bailet-Tagourt (aide, secours) ; Colmar (ch. détachée à Metz) 18 octobre 1929, D. 1931.2.94 : « attendu que fût-il établi qu'à un moment donné de son existence, Apel a entretenu des relations coupables avec la dame Muller, ce fait ne saurait suffire pour vicier le testament par lequel il l'a instituée légataire universelle puisque cet acte de générosité, encore qu'intéressant la dame Muller, même seule spécialement visée, en raison du souvenir de certaines complaisances n'en demeurait pas moins explicable par des considérations autres que le prix des relations illicites » —

Trib. civ. Seine 2 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.1.297, S. 1931.2.44, dame Cosson c/ Combescot. V. supra ce que nous pensons de cette décision. Trib. civ. Mantes, 13 février 1931. 1.612 (Un don manuel dont le « véritable *animus donandi* » reste inconnu doit être validé car les relations ne sont alors que *l'occasion* de la libéralité).

Comp. Nîmes 8 novembre 1905, loi 23 décembre 1905.

(1) Note Savatier, précitée.

V. les arrêts cités à l'appui de cette thèse : Req. 8 juin 1926, rapporté ; Grenoble 25 février 1925 et Paris, 8 juillet 1926, précités

A la vérité, l'arrêt rendu le 25 février 1925 par la Cour de Grenoble semble plutôt établir que les dons entre amants qui ne sont pas l'exécution d'un devoir de réparation visent plus ou moins à rémunérer le concubinage, ce qui n'est pas, au fond, pour déplaire à M. Savatier ; cet arrêt fait, par ailleurs, une confusion regrettable entre les notions de libéralité et d'obligation naturelle et sa solution apparaît bien exceptionnelle. D'autre part, le 8 juillet 1926, la Cour de Paris a statué sur un cas véritable d'obligation naturelle de réparer ; sa décision n'avait pas à prévoir la catégorie intermédiaire des hypothèses où l'acte n'est ni l'acquit d'un devoir de conscience, ni la rémunération de relations hors mariage. Quant à l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 8 juin 1926, rapporté par M. Savatier, dans sa note, il se borne à poser que des relations irrégulières et même adultères ne suffisent pas, pour obtenir des Tribunaux, l'annulation de l'acte, et à faire application de la règle posée à l'engagement d'un concubin qui avait encouru une certaine responsabilité. Rien, dans cet arrêt, ne permet d'affirmer que la responsabilité imputée à l'auteur ait été considérée, par les juges du fond, comme la raison de la validité.

*
* *

Les Tribunaux admettent, par conséquent, aujourd'hui, sans restriction, entre les actes qui ne sont que l'exécution d'un devoir de réparation et les donations qui viennent manifestement rémunérer des relations coupables, l'existence de libéralités pleinement valables. Des sentiments d'affection ou la simple délicatesse les ont inspirées. Certaines, il est vrai, apparaissent moralement plus regrettables. En conscience, le juge

lui-même les estime « *susceptibles de critique* » (1) ou souligne « *le souvenir de certaines complaisances* » (2). De fait, à raison des circonstances, de leur quotité, de la conduite de la maîtresse gratifiée. il a été dit qu'elles pouvaient devenir un défi à la stricte honnêteté. Ainsi n'est-il pas étonnant qu'on se soit fréquemment attaché à mettre en relief les décisions de nos tribunaux moralement choquantes, pour attaquer le critérium dégagé par la jurisprudence et pour proposer d'adopter celui que constitue la première branche de l'alternative posée par M. Trasbot, à savoir qu'on devrait prononcer la nullité de toutes les libéralités, pour cause illicite manifeste, sauf cas de réparation (3).

Dès 1888, Planiol s'était prononcé en ce sens : « quand deux personnes qui vivent ensemble sans être mariées, disait-il, se font l'une à l'autre une donation, je persiste à croire que cette donation a pour cause le concubinage, car, sans lui, elle ne se serait point faite. *Si le concubinage est illicite, la donation l'est également, et elle l'est toujours* » (4). Or, en 1888, nous

---

(1) Paris, 5 mai 1925, précité.

(2) Colmar 18 octobre 1929, précité.

(3) Un grand nombre de décisions rendues par la jurisprudence au cours de ces dernières années ont fait l'objet de judicieuses observations de M. Savatier, dans la Revue trimestrielle ; le thème en est toujours, *en fait* l'indulgence excessive des Tribunaux à l'égard des concubins ; *en droit*, l'insuffisance du critérium juurisprudentiel au point de vue de l'efficacité de la répression. Outre sa note sous req. 8 juin 1926, D. 1927.1.113, v. notamment dans le sens indiqué, Rev. trimestrielle, 1925 j. 631, 1926 j. 1086, j. 203, 790, j. 448, j. 193 et j. 633. V. encore Rev. trimestrielle 1918 j. 152, observ. Walh ; Rev. trim. 1919, j. 508 et 1925 j. 610, observ. Demogue.

(4) Planiol, Rev. critique, Examen Doctrinal, I, p. 705-709.

savons que la jurisprudence validait indistinctement toutes les donations en la forme et les legs ; elle n'avait pas encore appliqué sa conception du motif impulsif et déterminant aux libéralités entre concubins et s'en tenait, pour elles, au concept traditionnel de l'*animus donandi*. Leur maintien, sans aucun souci de discrimination soulevait, à juste titre, en doctrine, bien des protestations.

Aujourd'hui, les Tribunaux usent habituellement de la cause déterminante et atteignent ainsi des dispositions considérées jusque là comme inattaquables. Les auteurs trouvent encore la jurisprudence trop timide ; quand la cause reste incertaine, écrit M. A. Trasbot, « le motif de la libéralité n'est pas bien difficile à découvrir, c'est le concubinage et, en dehors d'une idée de réparation, cette considération est immorale et entache l'ensemble de la libéralité » (1). Autrement dit — et présentée sous cette forme la solution proposée apparaît difficilement réfutable — *il y a eu libéralité parce qu'il y a eu concubinage* ; les relations sexuelles ont engendré, chez le disposant, la volonté de faire une donation. En ce sens, elles constituent bien la cause, à tout le moins le motif de l'acte de libéralité.

*
* *

Nous doutons, pour notre part, que le critérium proposé par la doctrine soit susceptible de recevoir une justification juridique et, même, de donner entière satisfaction à la morale. C'est parce qu'il y a eu concu-

---

(1) Planiol et Ripert, Tr. pratique, t. V par M. A. Trasbot, n. 266, p. 271 ; Revue critique 1929, article du même auteur.

Comp. Savatier, note au S. 1927.1.113.

binage, dit-on, que le donateur a pensé à gratifier ; or, du fait qu'on peut rapprocher, dans le temps, une situation de fait d'un acte juridique, doit-on conclure qu'il y a rapport de cause à effet au plein sens du mot ? Si je contracte avec mon voisin, pourrai-je valablement soutenir que la convention passée entre nous a pour cause juridique le hasard qui nous a conduit, l'un et l'autre, à habiter dans la même rue ou, si l'on préfère, les rapports de bon voisinage que nous entretenons ? Il s'agit pourtant bien, là encore, d'une situation de fait ayant, de près ou de loin, donné naissance à un acte juridique. En réalité, on est conduit à attribuer pour cause, à la libéralité, les relations de concubinage, par suite de leur connexité avec cet acte et comme en vertu d'une espèce *d'association d'idées par contiguité.*

La matérialité des relations sexuelles peut, il est vrai — et nous ne contestons pas que ce soit fréquent — avoir réellement influencé l'intention de l'amant et l'avoir incité à la générosité. Même dans ces cas — dont on pourra supposer le pourcentage aussi élevé qu'on voudra — le concubinage ne saurait, dans les espèces envisagées, être autre chose qu'un simple motif. Par hypothèse, il s'agit de donations à *cause incertaine.* Pourquoi le concubinage serait-il un motif *déterminant,* dans le silence du gratifiant, alors qu'il n'est pas possible de tirer la moindre indication, à cet égard, des énonciations de l'acte ou des circonstances dans lesquelles il est intervenu ? Pourquoi vouloir, à tout prix, voir dans les bons soins, la reconnaissance et la délicatesse exprimés dans l'acte *un rappel immoral de complaisances coupables,* plutôt que la consécration d'une affection véritable, quand l'intention du disposant, par delà son acte, reste obscure ? C'est, croyons-nous, donner arbitrairement au concubinage

la valeur d'un motif déterminant (1) ; en d'autres termes, c'est confondre la cause et les motifs, à supposer d'ailleurs que le fait du concubinage soit *automatiquement* un motif dans toute libéralité qui ne s'explique pas par une idée de réparation.

*
* *

Les Tribunaux ne s'y sont pas trompés. Les relations irrégulières, en soi, leur ont toujours paru insuffisantes à marquer du sceau de la nullité les donations intervenues entre concubins, indépendamment de toute autre circonstance. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt rendu le 16 avril 1923, consacrait formellement cette solution à propos de cadeaux que l'obtention de faveurs immorales ne pouvait, seule, expliquer. La Cour de Cassation, rappelant cependant les relations intimes, refusait d'annuler le don manuel, même en l'absence de devoir de réparation, motivant sa décision par cette idée que le concubinage ne pouvait constituer la cause de la libéralité, dont il n'avait été que l'*occasion* (2).

Du principe ainsi posé par la Cour Suprême, le Tribunal de Mantes a récemment tiré un corollaire, relatif à la preuve, qui éclaire toute la différence entre le critérium jurisprudentiel et celui qu'une partie de la doctrine propose ; dans l'espèce, les juges s'expriment de la façon suivante : « Si les relations existant paraissent bien avoir été l'occasion de la donation de l'automobile, du moins les demandeurs *n'ont-ils pas*

---

(1) Planiol, dans l'article précité, préconise, il est vrai, la confusion de la cause et des motifs dans les libéralités.

(2) Req. 16 avril 1923, D. P. 1923.1.172, S. 1923.1.343, Gaz. Trib. 1923.1.222,

prouvé ou offert de prouver que cette donation a eu pour but de déterminer la Dlle P., à commencer ou à prolonger l'intimité de ses relations avec G. » (1). Cette affirmation, écrit M. Savatier, est naïve et aveugle. Elle met cependant bien en relief le fossé qui sépare les deux conceptions.

Dans celle de la jurisprudence, puisque les relations sexuelles ne suffisent pas pour infecter la libéralité, et dans l'incertitude où l'on se trouve parfois de reconnaître une *rémunération caractérisée,* il faudra, si on veut annuler, *faire cette preuve à tout prix,* autrement dit rechercher la cause impulsive et déterminante dans les déclarations des parties, les énonciations de l'acte et les circonstances objectives qui l'entourent (2).

Le système des auteurs permettra, au contraire, dans les cas incertains, d'obtenir l'annulation *à la seule condition de la preuve du concubinage.* Leur conception se ramène, en somme, à *une dispense de preuve du lien de cause à effet qui unit, à la libéralité, les relations extra-conjugales.* Dans cette mesure, on peut dire qu'ils en viennent à peu près à ressusciter l'ancienne incapacité des concubins ; c'est le reproche le plus grave qu'on puisse faire au système qu'ils proposent. Planiol ne

---

(1) Trib. civ. Mantes, 13 février 1931, Gaz. Pal .1931.1.612 et Revue trimestrielle, 1931 j. 633, observ. Savatier.

(2) Les Tribunaux arrivent souvent à faire cette preuve. Ainsi de fréquentes demandes d'argent par une jeune maîtresse à un vieil amant suffisent à la Cour de Lyon (30 mars 1916, D. P. 1918.2.51) pour annuler une assurance-vie et pour affirmer que « la libéralité a été *motivée* par le désir de récompenser des relations auxquelles il tenait, »

Grenoble 25 février 1925, Gaz. Pal. 1925.2.48, Pignard c/ Mitton ; comp. Pau 26 mai 1925, Gaz. Trib. 1925.2.137 ; Trib. civ. Nancy, 8 décembre 1925, Gaz. Trib. 1926.2.411 ; Trib. civ. Bourg 3 mai 1927, La loi 16 juillet 1927.

s'en défend pas. Par contre, M. Trasbot fait très justement remarquer que les libéralités vont tomber « *sous le coup d'une nullité, non pour incapacité, mais pour cause illicite* » (1).

Apparemment, l'ancienne prohibition ne sera pas recréée. Il n'empêche qu'on n'en aboutirait pas moins à méconnaître l'intention du législateur de 1804 puisqu'en fait, quant à l'annulation de la libéralité, *les deux expressions de concubinage et de cause immorale deviendraient équipollentes.* En vérité, les Parlements de l'ancienne France s'étaient rarement montrés aussi sévères, en dépit du principe de prohibition.

Même sur le terrain de la morale — du moins de celle que les Tribunaux peuvent prendre en considération et non d'une éthique pure — la conception proposée n'apparaît pas souhaitable. Elle aboutit, sans doute, à l'annulation, en dehors de tout dommage, de ces bénéfices fastueux consentis par des amants en veine de générosité à des professionnelles de l'Amour, au détri-

---

(1) Planiol, article précité, revue critique 1888 p. 709; Trasbot, Revue critique 1929, p. 449.

Comp. observ. Savatier, Rev. trimestrielle 1931 j. 633 ; cet auteur s'attaque moins au critérium dégagé par la jurisprudence qu'a sa facilité excessive, en fait : graves solutions, dit-il, en substance, dont la seule excuse est l'*imprécision inévitable* du critérium adopté par la C. Cass. comme moyen de reconnaître la validité des libéralités entre amants.

Mais, pour lui, de telles libéralités sont rarement exemptes d'un souvenir de reconnaissance galante. La preuve de cette reconnaissance galante est facile, pour cet auteur, à déduire de la circonstance du concubinage. Ainsi, dans l'espèce jugée par le Tribunal de Mantes, il s'agissait du don d'une automobile. Or, écrit-il, « on devine bien que ce cadeau n'était pas sans se rattacher au souvenir ou à l'espoir de tendres promenades », par conséquent à des relations sexuelles, présentes ou futures.

ment de la famille légitime. Mais elle aboutit aussi, quand l'union irrégulière n'a pas été préjudiciable à la concubine, à couvrir du même opprobre ces rentes viagères d'un chiffre peu élevé, ces transmissions de fonds de commerce, ces legs à titre particulier ou universel qui interviennent entre concubins âgés, ayant vécu de longues années ensemble, dont l'union ne s'est pas révélée, à l'expérience, moins solide que le mariage et qui, arrivés au soir de leur vie, se consentent des libéralités à la façon des époux.

Au surplus, nous ne jugeons pas indispensable l'intervention des juges pour prohiber des actes juridiques au nom de la morale publique, lorsqu'il s'agit d'obligations morales envers soi-même plutôt qu'envers le prochain. Or, dans le cas du mariage apparent, les amants ne manquent à aucun devoir grave envers les autres et envers la société. Par le fait de leur union, ils manifestent leur désir de rester hors des lois qui régissent la société sur le mariage mais ils en observent souvent les prescriptions. Il y a tout au plus simple faute, ou du point de vue religieux, simple péché envers soi-même, ne justifiant aucunement la faculté qui serait reconnue, avec la conception proposée, au gratifiant de se montrer infidèle à la parole donnée et de réclamer des Tribunaux l'annulation des libéralités librement consenties (1).

Lorsque les relations sexuelles n'apparaissent pas comme la cause impulsive et déterminante de la libéralité, c'est donc *vers une validité de principe que s'est orientée la jurisprudence,* suivant en cela le vœu certain des rédacteurs du Code Civil.

---

(1) V. Hamel, th. précitée, p. 255 ; v. encore article de M. Paul Roux, Revue critique, pp. 111, 237.

Entre les véritables marchés et les dispositions qui rémunèrent des complaisances coupables, manifestement infectés, d'une part, et les actes ayant pour but la réparation par le moyen des règles relatives aux quasi-délits et aux obligations naturelles, certainement licites, d'autre part, toutes les libéralités entre concubins subsisteront, et elles subsisteront, non seulement parce qu'en 1804, on a renoncé à l'incapacité de l'Ancien Droit, mais encore parce qu'il n'est pas possible, en l'absence de preuve et du point de vue d'une éthique largement entendue, de voir, dans le seul fait du concubinage, un motif déterminant.

Le critérium que nous admettons est, il est vrai, imprécis, fuyant, inconsistant ; la notion de rémunération, flottante. Il n'est pas possible de déterminer, dans une étude théorique, où la récompense de rapports immoraux commence et où elle finit. On pourrait redouter les conséquences de la liberté laissée aux juges ; pourtant, on ne peut pas dire que, dans l'ensemble, la vérité devant une Cour ait été une erreur devant une autre.

La raison doit en être trouvée dans ce fait que les Tribunaux ne se sont pas contentés, en la matière, de rechercher un moyen technique d'annulation commode, mais qu'au surplus, devant la carence du législateur, *ils ont dû élaborer des règles d'interprétation du critérium qu'ils avaient dégagé.*

*
* *

Quand, en effet, pourra-t-on affirmer que la libéralité suspecte a été rémunératoire et doit être annulée ? C'est à cette question qu'essaient de répondre les juges en se fondant sur leurs impressions personnelles et sur *diverses circonstances* de la donation. Certaines

de ces circonstances, particulièrement favorables au concubin gratifié, paraissaient bien, lorsqu'elles se trouvaient réalisées, antinomiques de l'idée de marché ou de rémunération.

Parfois l'amant donataire *avait ignoré* jusqu'à la cessation du concubinage, la libéralité qui lui avait été consentie. Il est évident qu'on ne pouvait y voir la condition mise par la maîtresse à la continuation de la vie commune, à plus forte raison, un pacte puisque la volonté du donateur et celle de la bénéficiaire ne s'étaient pas rencontrées sur l'objet (1).

La *forme de l'acte* et le *temps de la donation* fournissaient également une indication dont les tribunaux tenaient le plus grand compte. Il semblait difficile de frapper de nullité, pour cause immorale, à raison de l'état de concubinage, l'assurance sur la vie au profit d'une concubine : ce contrat qui ne permettait à la bénéficiaire d'être effectivement payée qu'à une époque éloignée de sa conclusion comportait trop d'aléas pour avoir pu être inspiré par des sentiments autres que l'affection véritable (2). La même raison commandait. nous l'avons vu, de valider l'acte qui n'intervenait qu'à la fin des relations et le legs.

Ce sont ces éléments qui maintiennent entre les Tribunaux modernes une certaine unité d'interprétation. Qu'on entende bien que les juges ne veulent plus con-

---

(1) Paris, 5 mai 1925, Dame Vve C c/ Dlle S et Cie La Prévoyance, D. H. 1925, 474, S. 1925.2.59 et Revue critique 1927, cause illicite, libéral. entre concubins, Assurances-cie, observ. Desserteaux.

(2) Paris, 23 juillet 1914, D. P. 1918.2.51, Dlle H. c/ G. et la Cie la New-York ; Paris, 5 mai 1925, précité ; Lyon, 21 janvier 1909 et 21 juillet 1909, D. P. 1910.2.382 ; v. pourtant Lyon 30 mars 1916, Vve S. c/ R. et Cie la New-York, D. P. 1918.2.51 et Rec. assurances 1919.65.

sacrer de critérium basé sur la forme ou le temps des actes. *Ce ne sont point des règles absolues.* Les juges peuvent toujours y déroger s'ils s'avisent que la forme ou le temps de la libéralité donnent une apparence trompeuse à un marché habilement camouflé. Ce sont des *indications,* des *pratiques,* beaucoup plus que des *règles impératives.*

*
* *

A l'inverse, on aurait pu songer à traiter plus sévèrement au point de vue de la validité des libéralités, le *concubinage adultérin.* La tradition historique était en ce sens. Le Droit Romain, si favorable au concubinat, le traitait rigoureusement quand il se compliquait d'adultère, et notre Ancien Droit appliquait avec plus de fermeté le principe de prohibition quand l'un des concubins était marié. L'intérêt de la famille légitime était directement en jeu. Or, nous avons montré comment notre Droit Moderne s'était, peu à peu, détaché, en notre matière, de cet intérêt, primordial en Droit Ancien, pour ne viser que l'immoralité propre de la libéralité. A vrai dire, il est certain que l'immoralité s'accroît d'un degré dans les relations adultérines, que même ces relations sont délictuelles surtout quand il s'agit de la femme mariée ou de son complice.

Rationnellement, la jurisprudence ne pouvait s'intéresser au degré d'immoralité des donations entre concubins, indépendamment du point de savoir si elles constituaient la *contre-partie consciente* du concubinage. Cependant, quelques Cours d'Appel ont décidé que l'adultère de l'un des amants viciait la libéralité (1).

(1) Grenoble, 25 février 1925, gaz. pal. 1925.2.48; Pau, 26 mai 1925, Gaz. trib. 1925.2.137.

Mais ces arrêts sont demeurés exceptionnels, en dépit de l'approbation d'une partie de la doctrine (1). La jurisprudence, dans son ensemble, s'est refusée à faire une différence entre les relations de concubinage simples et adultérines et a maintenu avec fermeté, *dans tous les cas,* la nécessité de prouver que le but de la libéralité était de faire naître, de prolonger ou de rémunérer des rapports immoraux. Cette confusion a été de nouveau consacrée très clairement par la Cour de Paris, dans un arrêt récent (2). Le mari adultère avait gratifié sa concubine de deux polices d'assurances sur la vie, souscrites en son nom. Confondant manifestement dans la même touchante sollicitude la maîtresse et la femme légitime, il avait stipulé « qu'à défaut de la demoiselle S... » le bénéfice en serait payable entre les mains de l'épouse. Dans cette hypothèse, où l'intérêt du mariage était si ouvertement en jeu, la Cour n'en a pas moins reconnu pleinement valable la libéralité faite au profit de la concubine. Il est vrai que, dans l'espèce, certaines circonstances de fait lui étaient extrêmement favorables.

Cette possibilité de trouver, même dans le concubinage adultérin, des circonstances favorables aux amants prouve qu'une distinction basée sur le fait de

---

(1) J. Hamel, th. précitée, p. 257 ; article de M. René Morel, Revue critique 1927, p. 257 ; observ. SAVATIER, Revue trimestrielle 1926 ; j. 790 et j. 203, 1925, 631 ; observ. DEMOGUE, Revue trimestrielle, 1925, j. 610.

(2) Paris, 5 mai 1925, précité.

La solution inverse a été consacrée, par contre, par la Cour de Lyon 30 mars 1916, précité, dans une espèce analogue. Le stipulant, après avoir contracté l'assurance au profit de la concubine, en avait, plus tard, par avenant régulier, attribué le bénéfice à sa femme légitime.

la complication d'adultère ne se justifie guère. Elle ne se justifie pas, tout au moins, si l'on entend par là que les arrêts devraient la consacrer en *termes exprès*. On ne conteste pas, d'ailleurs, que les relations adultérines ne sauraient empêcher un amant de réparer le préjudice causé à sa maîtresse ou de remplir envers elle une obligation naturelle (1). Or, il apparaît assez injuste de refuser à une concubine, peut-être intéressante, le bénéfice d'une libéralité sous le prétexte que son amant est marié ; par contre, en ne voit pas la nécessité, pour la protection de la famille, de procéder à l'annulation de l'acte qui émane d'un concubin célibataire par ce motif qu'il est destiné à une femme mariée. *Il n'est pas à dire que la différence dans l'immoralité des situations de fait ne doive pas se faire sentir en matière de libéralités quand il s'agira d'apprécier l'immoralité de la cause.* Mais c'est précisément l'avantage du critérium jurisprudentiel de laisser une large part à l'initiative des juges. Il a été montré qu'ils tenaient le plus grand compte de certaines circonstances de la libéralité et il n'est pas douteux, qu'en fait, le degré d'immoralité jouera un rôle important dans leur esprit, quand il leur faudra rechercher la pensée qui a inspiré la libéralité, contrôler les indices trouvés dans l'acte ou hors de l'acte, établir un diagnostic sur le caractère de la cause. Il est certain que les juges se trouveront plus favorablement influencés par le fait d'une union au sein de laquelle les amants célibataires auront vécu apparemment en époux que par celui d'une union adultérine élevée sur les ruines d'un mariage légitime.

(1) V. notamment Rev. trimestrielle 1925 ; j. 631 et l'observation.

Section II

Libéralités conditionnelles ou avec charge

A la cessation du concubinage, des clauses particulières viennent parfois s'adjoindre aux conventions de rupture. Elles tendent toutes à *limiter la liberté civile ou naturelle* des ex-maîtresses et il est possible de les ranger sous deux chefs : les unes tendent à porter atteinte à la faculté de se marier du concubin bénéficiaire, les autres visent à réduire sa capacité de fixer en toute indépendance le lieu de son domicile ou de sa résidence.

Ces clauses consistent, le plus souvent, en *conditions imposées au gratifié* et il semblerait, au premier abord, qu'elles soient toutes contraires aux bonnes mœurs et aux lois. Une analyse plus serrée doit, cependant, aboutir à poser en règle leur validité. De plus, on doit remarquer dès maintenant que leur nullité éventuelle n'entraînerait celle de la convention qui en est affectée que s'il s'agissait en réalité d'un acte à titre onéreux; en ce qui concerne les actes à titre gratuit, l'acte conservera, en principe, sa validité, *la condition étant seulement réputée non écrite aux termes de l'article* 900 *C. Civil* (1).

(1) V. notamment, Planiol et Ripert : *Traité pratique*, t. VII par Paul Esmein, Jean Radouant et Gabriel Gabolde, p. 334, n. 1027.

(§ 1) *CLAUSES RELATIVES AU MARIAGE EVENTUEL DU CONCUBIN BENEFICIAIRE*

Le sort réservé aux clauses relatives au mariage éventuel du concubin bénéficiaire ne saurait faire aucun doute ; dans un seul cas, lorsque la condition imposée à la concubine de ne pas se marier paraît dictée, chez le disposant, par un sentiment blâmable de *jalousie à retardement,* la jurisprudence annule, et le juge du fond apprécie souverainement le caractère immoral de la condition. La Cour de Cassation en a ainsi décidé en relevant, dans l'espèce qui lui avait été soumise, cette circonstance que le concubin avait entendu obliger son amante à aller toucher la rente viagère dont il l'avait gratifiée, tous les trois mois, chez lui et la contraindre, ainsi, à « garder toute sa vie une situation attestant leurs anciennes relations » (1).

Le problème présentait plus de difficulté lorsque les Tribunaux se trouvaient en présence de vieux amants, ayant longtemps vécu ensemble et dont enfin « l'âge auquel ils étaient l'un et l'autre parvenus ne permettait pas d'attribuer au concubin (donateur) un sentiment égoïste et jaloux qui ne pourrait se concevoir que chez un homme jeune encore » (2). Dans une

(1) Cass. 8 avril 1913, D. 1915.1.29, note G. Ripert ; S. et Pand. fr. 1914.1.191 ; Gaz. pal. 1913.1.553, Cahen d'Anvers c/ dame Labrousse. Comp. Planiol et Ripert, Tr. élém., t. III, n. 3038 S.

(2) Rennes, 7 mars 1904, S et P 1907.2.241, note J. Hémard ; D. P. 1905.2.305, note M. Planiol.

hypothèse de ce genre, la Cour de Rennes a validé la clause en notant *qu'il s'agissait moins, dans la pensée du gratifiant, d'empêcher le mariage éventuel et d'ailleurs fort incertain d'une maîtresse âgée, que d'y subordonner l'extinction de la pension qu'il lui avait consentie.* La Cour reconnaissant à sa charge, une véritable obligation naturelle estimait qu'en la novant, le concubin avait plutôt entendu faire dépendre ses secours matériels de la non-réalisation d'un mariage qui les aurait rendus inutiles, en créant à la vieille compagne sur le retour, une situation nouvelle.

Cette juridiction aurait pu voir, dans la clause litigieuse une *condition véritable*; mais elle a visiblement été influencée par cette idée que la *rétroactivité de la condition* eût privé la maîtresse des termes échus, ce qui était, de toute évidence, contraire à l'intention de son ancien amant. Elle a préféré analyser la clause comme un *terme éventuel* et l'on peut douter que sa solution soit très juridique, l'incertitude portant sur l'événement lui-même (1). D'ailleurs, il semble bien que le caractère conditionnel de la clause n'eût pas empêché les juges de maintenir en faveur de la concubine le bénéfice des termes échus; la rétroactivité de la condition est bien de sa *nature*, non de son *essence* ; par suite, elle peut être écartée, *expressément* ou *implicitement*, par la volonté des parties (2). Quoiqu'il en soit, une dernière difficulté tient au point de savoir

---

(1) V. Planiol et Ripert, Tr. pratique, t. VII par P. Esmein, Radouant et Gabolde, p. 307, n. 999, les autorités et la jurisprudence citées.

(2) V. dans ce sens, les notes Hémard et Planiol, précitées; les autorités invoquées et les exemples du Droit étranger.

si le fait que la clause litigieuse constitue un terme extinctif ou une condition résolutoire est appréciée souverainement par le juge du fond. La Cour de Cassation l'a pensé (1) ; mais sa solution est discutable, car il est admis que la Cour Suprême a qualité pour contrôler la qualification juridique des faits (2).

(§ 2) *CLAUSES RELATIVES A LA LIMITATION DE LA LIBERTE, POUR LE CONCUBIN GRATIFIE, DE FIXER SON DOMICILE OU SA RESIDENCE.*

De la même façon, les Tribunaux n'ont pas eu de peine à admettre la validité de clauses tendant à réduire, au détriment de la concubine, le choix de son domicile ou de sa résidence. Il leur suffisait, pour cela, d'étendre à la matière les solutions admises au sujet des clauses qui avaient pour objet l'interdiction, pour une personne, d'exercer un commerce ou une industrie. La jurisprudence, en effet, validait de semblables engagements *s'ils n'étaient pas illimités dans le temps*

---

(1) Cass. 8 avril 1913, précité.

(2) V. en ce sens, note G. RIPERT sous Cass. 8 avril 1913, précitée. Néanmoins, s'il est admis que la Cour de Cassation a qualité pour contrôler la qualification juridique des faits, on peut observer qu'elle s'abstient, dans bien des cas, d'y procéder.

et dans l'espace, si, d'autre part, ils n'avaient pas été dictés par une intention nuisible (1).

Ainsi, la Cour de Liège a-t-elle pu, en 1875, reconnaître parfaitement licite, en tant que contrat synallagmatique, un engagement selon lequel la maîtresse s'engageait à quitter l'Algérie et à ne plus retourner en Afrique, ce qui n'était pas, dans l'espèce, sans lui causer un dommage appréciable (2).

La jurisprudence a, depuis lors, à diverses reprises, consacré cette solution, en refusant de voir des conditions immorales dans les clauses aux termes desquelles la concubine s'engageait, soit à quitter une localité sans espoir de retour (3), soit plus simplement à cesser d'occuper la villa de son amant où elle avait, jusque-là, vécu avec lui (4).

De fait, ces diverses conditions sont loin, le plus souvent, d'être contraires aux bonnes mœurs. Elles sont parfois en connexion étroite avec l'exécution d'une obligation naturelle, ou causent à la maîtresse un dommage réel, et la somme promise, n'est qu'une réparation. De plus, ces clauses sont généralement

---

(1) V. entre autres, les décisions récentes de Cass. req. 17 mai 1911, S. 1913-1.253 ; Civ. 15 juin 1922, S. 1922.1.200 ; Civ. 14 mars 1904, S. 1904.1.444. Pour plus de détails, v. PLANIOL et RIPERT, Tr. pratique, t. VI par P. ESMEIN, les autorités et la jurisprudence citées, n. 242, p. 326.

(2) Liège 25 février 1875, D. 1876.2.49 et la note.

(3) Rennes, 7 mars 1904, précité.

(4) Req., 10 mars 1925, S. 1925.1.32 et Gaz. pal., 1925.2. 99. Comp. Paris, 23 février 1912, Gaz. pal. 1912.2.230 et Pau, 26 mai 1925, Gaz. trib. 1925.2.137.

V. encore, Revue trimestrielle, 1925 j. 610, observ. DEMOGUE et 1925 j. 631 ; PLANIOL et HÉMARD, notes précitées.

concomitantes de la cessation du concubinage; elles contribuent indirectement à mettre fin aux rapports sexuels, et à ce titre, il ne saurait être question, pour les juges, de les annuler.

*
* *

Mais qu'il s'agisse, en définitive, de libéralités, pures et simples ou de libéralités conditionnelles, l'intérêt de la construction jurisprudentielle, c'est, en somme, de ne poser aucune règle absolue.

Grâce à l'adoption d'un critérium très souple, les hardiesses des Tribunaux sont plus atténuées que brisées par des tendances générales plus que par des règles d'interprétation précises. Dans les limites tracées, « le type de moralité que le juge devra prendre comme mesure d'appréciation *n'est pas un idéal de moralité philosophique;* ce sera, en quelque sorte, ce que les mœurs, prises dans leur conception de l'honnêteté admettent *comme le minimum de moralité* nécessaire dans les transactions privées » (1). Le fait créera le droit.

A la rigueur, on peut soutenir que le système de répression moderne « remplace tant bien que mal l'ancienne prohibition » (2). Au fond, la conception jurisprudentielle diffère profondément de l'incapacité de notre Ancien Droit ; elle est *originale* par sa souplesse, par la possibilité laissée aux juges de peser les hypothèses particulières. A l'inverse, l'incapacité de l'ordonnance de 1629 était *rigide* et *aveugle*.

---

(1) Saleilles : De la déclaration de volonté, p. 262.

(2) Planiol : Examen doctrinal, Revue critique, 1888, p. 706.

En un mot, il existe, *en Droit*, entre les deux conceptions, *toute la différence d'une réglementation légale à une construction jurisprudentielle. En fait*, les Parlements avaient, dans la longue évolution de notre Ancien Droit, singulièrement nuancé l'application du principe, en s'attachant à analyser les cas d'espèces, un peu à la façon de nos tribunaux modernes (1).

---

(1) Malgré son *infériorité technique*, certains auteurs persistent à réclamer le rétablissement de l'ancienne incapacité : PEYTEL : l'union libre devant la loi, thèse Paris, 1904, p. 249. Comp. LAURENT : Principes de droit civil français, t. XI, n. 136, qui ne s'incline qu'avec regret devant la situation créée par le Code Civil.

CONCLUSION

Comparaison entre la situation du concubin et celle de l'époux gratifiés

Le moment est venu d'établir un bilan et de procéder à certaines comparaisons juridiques.

Nous avons retracé la longue évolution d'une jurisprudence bien vivante, parfois diversement agitée par des courants contraires. Cependant, aujourd'hui, les Tribunaux paraissent bien s'être ralliés à une conception définitive : les dons et legs entre amants, en principe valables, devraient être annulés s'ils n'ont d'autre but que de récompenser des complaisances coupables. Avec des nuances dans l'application, tenant à l'imprécision inévitable du critérium admis et à des divergences bien naturelles dans les idées morales des juges, telle est, en bref, la solution actuelle de nos Tribunaux. Dans une pareille conception, intermédiaire en pratique entre l'incapacité et la liberté totales, *les difficultés se résolvent, en définitive, sur le terrain de la cause immorale.*

*
* *

Mais pour avoir une idée exacte d'une situation, il ne suffit pas d'analyser sa nature concrète. Il faut, autant que possible, la replacer dans la réalité mouvante de la vie juridique, la comparer à des situations voisines. Ne peut-on mieux procéder, dès lors, qu'en

rapprochant la situation de fait de la situation de droit correspondante, la qualité de concubin gratifié de la qualité d'époux donataire ?

Au cours de notre Ancien Droit, le problème des donations entre époux avait été diversement résolu ; les pays de Droit écrit, qui suivaient en la matière les principes romains, tenaient ces libéralités pour nulles ; mais la nullité semblait aussi s'imposer, en Droit commun Coutumier; c'était, du moins, la solution des importantes Coutumes de Paris (art. 283) et d'Orléans (art. 280), et elle correspondait très exactement à l'incapacité dont l'ordonnance de 1629 avait frappé les concubins. Dans l'un et l'autre cas, de larges atténuations au principe de nullité ou de prohibition adoucissaient, tant pour les amants que pour les époux, la rigueur de la règle.

Dans le développement de cette double répression, les mêmes raisons avaient guidé le législateur et le juge. On craignait l'influence d'un époux sur l'autre, comme on craignait celle de la maîtresse sur son amant et on pensait, dans les deux hypothèses, assurer, par la voie de l'incapacité, la conservation des biens dans les familles. On craignait, par surcroît, les atteintes portées au mariage, en laissant, dans une trop large mesure, aux concubins, le droit de se gratifier.

Une identité de fondement avait, en somme, conduit les Tribunaux à une identité de répression : *interdiction des donations entre époux ; incapacité de se faire des libéralités, entre amants ; il y avait bien, dans notre Ancien Droit, parallélisme entre la situation de droit et la situation de fait.*

Avec le Code, l'incapacité qui frappait les concubins a été supprimée. On aurait pu penser, non sans quelque apparence de raison, que désormais la situa-

tion du concubin gratifié allait être meilleure que celle de l'époux donataire si, dans le même temps, le législateur de 1804 n'avait décidé que les donations entre époux seraient également valables, se bornant à les limiter par le jeu de la révocabilité et par l'adoption d'une quotité disponible spéciale entre mari et femme.

L'avantage serait néanmoins resté aux amants, si la jurisprudence ne s'était avisée d'atteindre, pour cause immorale, leurs dispositions entre vifs et testamentaires. Aujourd'hui, une analyse un peu serrée permet, seule, de répondre au problème de savoir si notre Droit Moderne traite plus favorablement, en ce qui concerne les libéralités, la situation de fait que la situation de droit.

Nos développements antérieurs — et dans cette mesure, l'étude présente est bien une *synthèse* de ce qui précède — ont fourni par avance une réponse partielle au problème posé. *En tant que le don ou le legs entre concubins est déclaré nul, pour cause immorale, par les Tribunaux, on peut dire que la situation de l'amant est inférieure à celle de l'époux.* Chaque fois que la libéralité sera destinée à prolonger et rémunérer des relations sexuelles, elle tombera inévitablement et notre analyse de la jurisprudence a tendu, avant tout, à mettre en relief la portée pratique de cette règle. Sans doute, n'est-il pas impossible, *parallèlement* d'imaginer des cas de donations entre époux nulles aussi pour cause immorale. Mais la Cour de Cassation n'a statué qu'une fois, à notre connaissance, sur une hypothèse de ce genre, lors du célèbre arrêt du 2 janvier 1907. Encore convient-il de remarquer que la nullité n'interviendra guère, entre mari et femme, que si le but poursuivi par l'époux gratifiant, à l'inverse de ce qui se passe pour les amants, est la réalisation d'une séparation amiable.

D'ailleurs, on doit remarquer qu'à cet égard, la différence n'est pas dans les principes. Mais tandis que la cause immorale se trouve, en ce qui concerne les libéralités entre concubins, naturellement lancée dans un vaste champ d'action, on en est réduit, dans le cadre du mariage, à imaginer des hypothèses de cause immorale.

Au contraire, c'est bien une *différence fondamentale* qui sépare la donation entre amants de la donation entre époux quand la cause n'est pas reconnue immorale. Elle est alors *pleinement valable* ; la donation entre époux *l'est aussi, mais avec des restrictions.* Ce n'est qu'exceptionnellement que l'époux gratifié reprend l'avantage dans cette course à la validité.

*
* *

I. — Quant à la révocabilité et quant à la quotité disponible, le concubin gratifié est, *en règle,* dans une situation plus favorable que l'époux donataire.

A. — L'article 1096, § 1 dispose que «*toutes donations faites entre époux, pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables* ». Ce n'est point que cette règle ne soit pas reconnue fondée, car une pareille disposition « concilie les intérêts en présence, en ce sens qu'elle permet des donations bien naturelles et qu'elle évite les conséquences des abus d'influence ou, tout au moins, des entraînements irréfléchis » (1). Pourtant, elle ne laisse pas d'apparaître choquante car « on ne peut se défendre d'une comparaison : *alors que les donations entre époux sont révo-*

(1) Planiol et Ripert, Traité pratique, t. V par A. Trasbot, p. 813, n° 759.

cables, les donations entre concubins sont irrévocables ! (1) ».

Cependant, nous nous proposons de montrer qu'on rendrait un mauvais service à la cause de la morale en assimilant les libéralités entre concubins aux libéralités entre époux *quant à la révocabilité*. Déjà — et ce fait est bien significatif — les amants gratifiants se sont parfois avisés de demander la révocation des donations qu'ils avaient consenties, en invoquant certains textes du Code Civil. L'art. 955, en particulier, notamment son alinéa 2, leur paraissait parfaitement convenir à la situation. L'ingratitude, sous la forme des « injures graves » allait, pensaient-ils, leur permettre d'arriver à leurs fins. La jurisprudence a toujours refusé de leur donner satisfaction. La Cour de Bastia avait déjà statué sur une hypothèse de ce genre (2). La Cour de Paris, dans un arrêt récent, a fort bien, selon nous, situé sa décision sur le terrain des principes : « en ce qui touche l'application de l'art. 955, lit-on, considérant que si blâmable qu'ait été la conduite de la dame C. au regard d'un homme qui lui avait donné de multiples témoignages d'affection, celle-ci n'en était pas moins libre de ces actes et *ne se trouvait tenue vis-à-vis de lui à aucun devoir de fidélité, que sa conduite ne revêt, dès lors, pas le caractère d'une injure grave* de nature à faire révoquer la libéralité consentie en sa faveur dans les termes de l'art. 955 C. Civ., que le jugement entrepris est, dès lors, justifié et doit être confirmé » (3). C'est peut-être un inconvénient de

(1) A. Trasbot, ouvr. précité, n. 759.

(2) Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909.2.266.

(3) Paris, 8 juillet 1926, D. H. 1926.488, S. 1926.2.92 ; comp. Revue trimestrielle, 1926 j 1086, observ. Savatier.

l'union libre, mais le devoir de fidélité est seulement de l'essence du mariage.

La question avait été posée, par la jurisprudence, sur le terrain des principes. Mais on peut ajouter, au surplus, que ces décisions sont *conformes à l'idée générale qui la guide*. Il s'agit, avant tout, de lutter contre les libéralités qui tendent à prolonger l'union de fait. Or, peut-on croire que cette lutte serait efficace s'il était loisible au concubin gratifiant de dire, *à tout moment*, à une maîtresse désabusée : « puisque vous refusez de continuer à vivre près de moi, je révoque la donation que je vous ai consentie ? »

La révocabilité répondait si bien au dessein caché de nombre d'amants qu'ils ont fini par trouver le moyen d'en profiter. Il leur suffisait, pour cela, de souscrire des polices d'assurance sur la vie en faveur de leurs concubines et ils n'y ont pas manqué. Ainsi conservaient-ils, tant qu'il n'y avait point acceptation de la bénéficiaire, — et l'acceptation n'intervient guère, en fait, qu'après le décès de l'assuré — le droit de transformer la première police en un nouveau contrat au profit de leurs héritiers ou, plus simplement, de changer à leur gré, par avenant régulier, le nom de la bénéficiaire primitive (1).

---

(1) V. Thaller et Percerou, Tr. élém. de Droit commercial, n. 1681, p. 1008.

En ce sens, Lyon 30 mars 1916, D. P. 1918.2.51. A l'inverse, le gratifiant peut, au moyen de l'avenant, avantager la concubine au détriment de la famille légitime, Paris, 23 juillet 1914, D. P. 1918.2.51.

Il est vrai que la concubine conserve toujours la ressource de déjouer les calculs de son amant en se hâtant de donner son acceptation.

On conçoit que cette menace, suspendue sur leur tête comme une épée de Damoclès, fasse hésiter les concubines gratifiées de polices. *La rupture équivaudrait souvent pour elles à la privation du bénéfice de l'assurance, comme le divorce équivaut, pour le conjoint contre lequel il est prononcé, à la perte de « tous les avantages que l'autre époux lui avait faits », aux termes de l'article 299 du Code Civil.*

B. — A un autre égard, l'époux donataire peut se trouver désavantagé par rapport au concubin gratifié. La concubine, bénéficiant de la quotité disponible instituée au profit des étrangers, peut valablement recevoir d'un amant marié, père d'un ou deux enfants légitimes, respectivement *la moitié ou le tiers de ses biens* (art. 913, al. 1[er]). Le même individu, dans les mêmes circonstances, ne pourrait laisser à sa propre femme plus « *d'un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement* » (art. 1094). L'épouse ne reprendrait guère l'avantage que si trois enfants étaient issus du mariage. De plus, la femme épousée en secondes noces se trouve, comme la femme, mère d'un ou deux enfants légitimes, infériorisée par rapport à la simple concubine, du moins quand le mari a eu des enfants d'une précédente union. Aux termes de l'article 1098, le disponible de la « nouvelle épouse » est alors limité à *une part d'enfant légitime le moins prenant sans que, dans aucun cas, la donation puisse excéder le quart des biens.*

Ainsi par une véritable bizarrerie de notre Code, selon que la libéralité intervient avant ou après le second mariage, l'ex-concubine gratifiée peut, si c'est elle que son amant épouse en secondes noces, bénéficier

selon le cas du disponible ordinaire ou du disponible de l'article 1098 (1). Cette solution étrange n'en est pas moins juridiquement correcte dans l'état de notre Droit, car le fait pour l'ancienne maîtresse d'avoir épousé son amant sur le tard n'est pas susceptible de réduire rétroactivement la quotité disponible qui existait en sa faveur, antérieurement au second mariage. D'ailleurs les auteurs atténuent autant que possible les conséquences regrettables mais logiques d'une pareille conception. M. Savatier, notamment, soutient que cette solution doit être écartée si les donations ont été faites *en prévision du mariage car* « la fraude serait trop facile si, pour gratifier le nouvel époux au-delà du disponible spécial, le conjoint ayant des enfants du premier lit n'avait qu'à faire ses donations la veille de son contrat de mariage » ou si les donations antérieures ont été suivies de donations postérieures au mariage, au préjudice des enfants du premier lit, car il apparaîtrait impossible, dès lors, de laisser l'époux gratifié « *cumuler les deux quotités disponibles* » (2).

Mais ce qui nous intéresse surtout ici, c'est que dans des cas précis, dont l'intérêt n'est pas négligeable, le disponible entre époux apparaît inférieur au disponible ordinaire dont bénéficient les concubins. A cet égard, l'avantage dont ils jouissent est aussi manifeste que pour l'irrévocabilité des donations qu'ils se consentent, sans que dans l'hypothèse présente, leur situation

---

(1) Planiol, Ripert et Trasbot, Traité pratique, t. V, n. 145, p. 145; Alger 10 mars 1879, D. 1880.2.224, S. 1880. 2.9 ; Trib. civ. Seine 5 février 1921 et Paris 29 avril 1924, Gaz. trib. 20-21 octobre 1924.

V. Revue trimestrielle 1925 j. 157 et j. 167 et les observ. de M. Savatier.

(2) V. notamment Revue trimestrielle 1925 j 167.

particulièrement favorable puisse s'expliquer par le désir de lutter par tous les moyens contre le concubinage, notamment en imposant au gratifiant un sacrifice de caractère définitif, ou si l'on aime mieux, en retirant de ses mains l'arme dont il pourrait être tenté de se servir pour peser sur les déterminations de sa maîtresse et l'inciter à prolonger les relations hors mariage.

* * *

II. — Dans un seul cas, la situation est inversée et les époux reprennent sur les concubins un avantage marqué. Quand le gratifiant s'avise d'avantager son conjoint, *il bénéficie, en droit fiscal, d'un tarif favorable*. Le droit proportionnel varie alors suivant le nombre des enfants nés du mariage, au moment de la donation, de 6.60 à 10.80 %, y compris le double décime institué en vertu de la loi du 22 mars 1924 (1). Au contraire, le concubin donateur doit acquitter le droit de 48 % établi entre parents au-delà du quatrième degré et personnes non parentes (2), et il doit l'acquitter même pour les libéralités indirectes ou déguisées.

A première vue, la différence apparaît considérable et il est évident qu'un amant, devant la perspective d'avoir 48 % de droits à payer au fisc, sera un peu arrêté dans son élan de générosité. Mais il faut remarquer qu'entre concubins on pratique couramment le don manuel. Or, cet acte échappe, en principe, à l'enregistrement, tant, du moins, qu'il n'est pas constaté

(1) V. PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, ouvr. précité, t. V, n. 765, la loi du 25 juin 1920, art. 32, la loi du 22 mars 1924, art. 3, le décret du 28 décembre 1926, art. 284 (codif.).

(2) V. PLANIOL, RIPERT et TRASBOT, ouv. précité, n. 479, p. 493, l. 25 juin 1920, art. 32, l. 22 mars 1924, art. 3 et art. 284 du décret de codification du 28 décembre 1926.

par un titre judiciaire ou extrajudiciaire (1). Il est donc facile à l'amant qui veut gratifier sa maîtresse d'échapper aux tentacules du fisc, dont l'intervention, en la matière, est destinée à être fort exceptionnelle.

Même dans le cas du don manuel, il est arrivé que les droits soient devenus exigibles. L'hypothèse, il est vrai, est rare et suppose beaucoup de maladresse dans le jeu du gratifiant. Dans une espèce récente, un concubin qui s'était dépouillé de la main à la main, au profit de sa maîtresse, avait cru devoir, par la suite, réclamer la restitution des objets donnés. Qui ne voit, dès maintenant, qu'une telle prétention est infailliblement vouée à l'échec, la cause du don manuel n'étant qu'exceptionnellement jugée immorale par nos Tribunaux ? D'ailleurs, la règle : *nemo auditur* ne trouve-t-elle pas ici son application normale ? Cet amant trop audacieux perdit son procès (2), et non seulement il eut le déplaisir de voir sa maîtresse garder les choses données, qu'il regrettait si fort, mais encore le fisc eut son mot à dire dans l'affaire ; à raison même de l'action intentée, par suite de la reconnaissance du don manuel qui avait été faite dans le jugement, le droit était devenu exigible et vint, tout naturellement, grossir le chiffre des dépens (3).

*
* *

(1) V. Planiol, Ripert et Trasbot, ouvr. précité, n. 481, p. 497 ; art. 5 et 284, décret du 28 décembre 1926, l. 18 mai 1850, art. 6 ; l. 25 février 1901, art. 18, mod. l. 8 avril 1910, art. 11, § 1 et l. 22 mars 1924, art. 3.

(2) Paris, 8 juillet 1926, S. 1926.2.92, D. H. 1926.488, et Revue trimestrielle 1926 j 1086, observ. Savatier.

(3) Trasbot, ouvr. précité, n. 481, p. 497 et note 1.
V. aussi Cuche, Précis de Procédure Civile et Commerciale, n. 282, p. 335.

III. — Ainsi donc, le législateur pour les donations entre époux, le juge pour les libéralités entre concubins ont, de nos jours, adopté des conceptions intermédiaires entre la *prohibition complète* et la *validité totale* ; des conceptions, en tout cas, infiniment plus souples que l'incapacité ou l'indisponibilité.

On peut affirmer, en outre, qu'en Droit Moderne, la volonté de maintenir *un certain parallélisme* entre les solutions à adopter respectivement pour les unes et les autres de ces dispositions est plus *confuse* qu'en Droit Ancien. La raison en est, sans doute, que le fondement de la répression des dons et legs entre concubins a changé. Jadis, il s'agissait surtout, entre amants comme entre époux, d'assurer la conservation des biens dans les familles, il s'agissait aussi de veiller à ne pas favoriser le concubinage, par rapport au mariage.

Il n'est pas sûr, en effet, qu'au moment où notre Ancien Droit s'élaborait, l'immoralité des situations de fait ait été profondément ressentie. Il y a de bonnes raisons de penser, au contraire, que les mœurs étaient indulgentes au concubinage.

Mais au XIX^e^ siècle, l'incapacité fondée sur la conservation des biens dans les familles ayant disparu, c'est dans l'immoralité propre des relations sexuelles hors mariage qu'on va chercher le fondement de la répression. La règle morale va prendre une ampleur qu'elle n'avait jamais eue. La solution adoptée pour les libéralités entre concubins va s'éloigner de plus en plus de la réglementation légale des articles 1094 et suivants. *La comparaison juridique entre la situation du concubin gratifié et celle de l'époux donataire à laquelle nous avons procédé a permis de réaliser l'écart qui sépare désormais les deux conceptions.*

Pour les libéralités entre concubins, la répression est devenue une *question d'espèces,* le juge s'étant avisé

de diagnostiquer, dans chaque cas particulier, la part d'immoralité susceptible d'entraîner l'annulation. Pour les donations entre époux, au contraire, le législateur a, comme jadis, consacré une *réglementation impersonnelle et générale.*

Le caractère aveugle et strict de toute réglementation légale, même lorsqu'elle ne va pas jusqu'à l'incapacité, l'abandon du principe de l'ordonnance de 1629 expliquent que, dans des cas particuliers, l'amant gratifié peut bénéficier d'une situation supérieure à celle de l'époux donataire. Toutefois, il n'en reste pas moins *qu'en fait et même en droit, la situation des gens mariés reste la meilleure, dans la large mesure où la cause des libéralités entre concubins peut être déclarée immorale.*

Dès lors la comparaison juridique va prendre, sur le terrain de l'apparence, un intérêt nouveau.

Il nous semble, en définitive, aussi impossible d'isoler la situation de fait de la situation de droit, qu'un objet de son ombre : le rapprochement, impossible désormais, sous le signe de l'hostilité, de l'amoindrissement et de la déchéance, va s'imposer sous celui de la faveur et de la protection.

C'est un phénomène qu'on peut couramment observer que les effets de la situation de fait tendent toujours à s'identifier dans une certaine mesure avec ceux de la situation de droit correspondante. Dans ce sens, on peut expliquer encore la double incapacité de notre Ancien Droit qui frappait à la fois les époux et les amants.

Aujourd'hui, les restrictions qui frappent les donations entre époux ne sont pas draconiennes ; de plus, ces dispositions sont vues favorablement par le législateur et le juge. En face d'elles, les libéralités entre concubins, valables en principe, n'en font pas moins

l'objet d'un examen attentif et soupçonneux devant les Tribunaux qui en sondent l'immoralité. La loi elle-même ne s'abstient d'en parler que pour éviter les scandales. Ne peut-on, dans de pareilles conditions, prévoir le jour où la jurisprudence, prenant en considération la dignité de certaines unions de fait, ne verra pas d'obstacle *à faire bénéficier d'un statut favorable les époux apparents* ? Les Tribunaux ne sont-ils pas, d'ores et déjà, entrés dans cette voie ? Leurs décisions ne contiennent-elles pas, le plus souvent, en germe, l'idée que nous soutenons ?

Nous avons eu l'occasion, au cours de cette étude, de voir la jurisprudence *procéder à une extension des obligations légales à des situations et à des bénéficiaires dont la loi ne se préoccupait pas.* Nous avons vu les Tribunaux valider les engagements d'un homme envers la fille qu'il avait séduite quand les relations intimes lui avaient causé un dommage, puis, en dehors de tout préjudice, consacrer un lien de conscience né *ex fornicatione,* obligeant l'homme à subvenir aux besoins de la femme qui a pu raisonnablement compter sur son appui dans l'avenir. Sans doute, ces décisions *repoussent-elles encore l'existence d'une dette alimentaire, à titre civil, entre amants* ; mais ce qui est intéressant ici, c'est que dans un domaine tout voisin du nôtre, on voit le juge s'orienter délibérément vers *la reconnaissance au profit de concubines célibataires, particulièrement intéressantes, d'une obligation qui n'existe légalement que dans le mariage.*

Dans notre matière, le rapprochement entre la situation de droit et la situation de fait est loin d'être aussi net.

Cependant, il faut bien remarquer qu'en adoptant un critérium d'invalidité basé sur le caractère rémunératoire des libéralités, on n'atteindra en fait, par

ricochet, *que les unions où l'Argent se porte au secours de l'Amour défaillant,* que la forme mondaine de la prostitution, celle où la rétribution de l'amant prend hypocritement l'aspect relevé de la donation.

A l'inverse, on peut dire que *subsisteront toutes les hypothèses où les amants se donnent à la façon des époux,* parce qu'il serait bien difficile de leur trouver une cause immorale. Ces donations trouvent leur fondement dans l'affection, la reconnaissance et les innombrables services mutuels qui naissent plus de la *vie en commun* que du *mariage* et qui sont réels dans l'union libre, dès qu'elle présente un caractère suffisant de stabilité.

Tel est, en somme, le résultat atteint, en pratique, par notre jurisprudence. Nos Tribunaux ne l'ont, sans doute, pas prémédité. Ils ne sont pas partis de l'idée de mariage apparent pour y arriver, mais ce résultat, imposé par les circonstances, doit concourir au même titre que la reconnaissance d'un lien de conscience *ex fornicatione* à la création d'une classe d'unions de fait, non immorales, ces unions au sein desquelles les amants vivent en fait comme les époux devraient vivre en droit.

Vu :
Le Professeur, Président de la Thèse,
André Trasbot.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
Ch. Bodin.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
G. Davy.

TABLE DES MATIÈRES

Bibliographie. 5

INTRODUCTION. 15

Section I. — *Généralités*. 15

§ 1. — Aperçu du problème de la validité des libéralités entre concubins. 15

§ 2. — Fondements d'une solution. 18

A) Fondement tiré de l'idée de protection du mariage et de la famille légitime. 18

B) Fondement tiré du caractère immoral des libéralités entre concubins. 25

§ 3. — Notion de concubinage en matière de libéralités. 27

A) Définition du concubinage. 27

B) Essai d'une classification des unions de fait 31

Section II. — *Historique des libéralités entre concubins*. 38

§ 1. — Des libéralités entre concubins en Droit Romain. 38

A) Utilité de cette étude en Droit Romain. 38

B) Liberté de se gratifier laissée aux concubins sous la République et sous le Haut Empire..... 41

C) Restrictions apportées au Bas Empire à la liberté de se donner reconnue aux concubins.. 45

§ 2. — Des libéralités entre concubins dans l'Ancien Droit. 47

A) Principe de la prohibition des libéralités entre concubins dans l'Ancien Droit. 49

a) Origines du principe..... 49

b) Fondement du principe..... 55

B) Application du principe de l'incapacité, pour les concubins, de se gratifier. 59

a) Applications du principe..... 62

1° Libéralités ostensibles... 62

2° Libéralités déguisées ou par personne interposée.. 67

b) Tempéraments apportés par la jurisprudence au principe de l'incapacité de recevoir..... 71

C) Preuve du concubinage..... 79

a) Personnes non recevables à proposer la preuve du concubinage. 80

1° Donateur lui-même : application de la règle : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. 80

2° Légataire universel du donateur. 81

b) Modes de preuve du concubinage. 82
1° Preuve du concubinage simple. 82
2° Preuve du concubinage adultérin. 84
§ 3. — Des libéralités entre concubins dans le Droit Intermédiaire. 89

Section III. — Le problème de la validité des libéralités entre concubins en Droit Moderne. 94
§ 1. — Situation créée par le Code Civil. . . . 94
§ 2. — Disparition de l'ancienne incapacité. . 97
§ 3. — Les tendances de la jurisprudence au début du XIX^e siècle. 104

PREMIÈRE PARTIE

Des libéralités atteintes par la jurisprudence. . . 109

Chapitre I

Des libéralités atteintes à raison de la fraude et du dol. 111

Section I. — Des libéralités atteintes à raison de la fraude. 112
§ 1. — Interposition de personnes (article 911 du Code Civil). 113
§ 2. — Fraude aux droits de la femme ou des héritiers réservataires. 117

Section II. — Des libéralités atteintes à raison d'un vice du consentement ; captation. 121
§ 1. — Violence. 122
§ 2. — Manœuvres dolosives; suggestion. . . . 124

Chapitre II

Des libéralités atteintes à raison de leur objet ou de leur cause 131

Section I. — Objet immoral 135

Section II. — Cause immorale 137

Sous-Section I. — Notion de cause immorale ... 139

§ 1. — Jurisprudence fondée sur la notion de marché immoral 140

A) Notion restrictive de pacte immoral 152

a) Interprétation restrictive quant à la forme des actes 153

b) Interprétation restrictive quant à la correspondance dans le temps des contre-prestations dans les actes présentés comme onéreux 154

B) Notion extensive de pacte immoral. 162

a) Interprétation extensive quant au temps du concubinage par rapport à la libéralité 163

b) Interprétation extensive quant à la forme des actes 167

§ 2. — Application aux libéralités entre concubins de la conception jurisprudentielle de la cause impulsive et déterminante 181

A) Evolution de la notion de cause dans les libéralités en général 182

a) Doctrine 182

b) Jurisprudence: Cause impulsive et déterminante 191

B) Manifestation de l'idée de finalité dans la cause des libéralités entre concubins. 194

Sous-Section II. — Preuve de la cause immorale 206

§ 1. — Objet de la preuve de la cause immorale 208

§ 2. — Modes de preuve de la cause immorale 211

Section III. — Effets du caractère immoral de la libéralité. 225

DEUXIEME PARTIE

Des libéralités permises par la jurisprudence.... 235

CHAPITRE UNIQUE

Des libéralités permises entre concubins..... 237

Section I. — Libéralités pures et simples..... 240

§ 1. — Jurisprudence fondée sur l'idée de paiement de services licites, de dédommagement, ou d'exécution d'un devoir de conscience..... 240

A) Contrats à titre onéreux à cause pleinement licite. 240

B) Réparation de la séduction..... 247

C) Exécution d'obligations naturelles de réparer nées *ex fornicatione*.. 254

§ 2. — Recherche du critérium du caractère licite des libéralités entre concubins. 270

Section II. — Libéralités conditionnelles ou avec charge. 289

§ 1. — Clauses relatives au mariage éventuel du concubin bénéficiaire..... 290

§ 2. — Clauses relatives à la limitation de la liberté, pour le concubin gratifié, de fixer son domicile ou sa résidence.. 292

CONCLUSION. 297

Comparaison entre la situation du concubin et celle de l'époux gratifiés..... 299

Imprimeries Réunies
22, Rue de Nemours Rennes